TRATADO DE DIREITO Privado

Pontes de Miranda

ATUALIZADO POR

Vilson Rodrigues Alves

Em conformidade com o Código Civil de 2002

BOOKSELLER

TRATADO

DE

DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO XVIII

Direito das Coisas: Direitos reais limitados. Enfiteuse. Servidões.

TÍTULO V

DIREITOS REAIS LIMITADOS

PARTE 1

Conceito e espécies de direitos reais limitados

CAPITULO 1

CONCEITO DE DIREITO REAL LIMITADO

§ 2.139. *Direitos reais.* 1. Titularidade e sujeito passivo total. 2 Direito pessoal e direito real. 3. Direitos reais limitados

§ 2.140. *Diferença de conteúdo.* 1. Domínio. 2. Limitação e restrição de conteúdo. 3. Detração de elementos.

CAPÍTULO

ESPÉCIES DE DIREITOS REAIS LIMITADOS

2.141. *Distinções gerais.* 1. Bens móveis e bens imóveis. 2. Bens corpóreos e bens incorpóreos.

§ 2.142. *Distinções interiores ao conceito.* 1. Posição dos problemas.

2.Direitos sobre a substância e direitos sobre o valor. 8. Espécies e “numerus clausus”. 4. Ônus reais, conceito à parte.

PARTE II

Aquisição, transmissão e extinção dos direitos reais limitados

CAPÍTULO 1

AQUISIÇÃO DOS DIREITOS REAIS LIMITADOS

5 2.143. *Restrição inicial á propriedade.* 1. Regras jurídicas gerais e especiais. 2. Código Civil, arts. 676 e 675.

§ 2.144. *Aquisição após a constituição.* 1. Transmissibilidade e intransmissibilidade. 2. Transferência ao proprietário.

5 2.145. *Efeitos das transmissões de domínio.* 1. Direitos reais limitatados e transmissão do domínio. 2.

Impostos e taxas.

CAPÍTULO Xl

CONCORRÊNCIA DE DIREITOS REAIS LIMITADOS

§ 2.146. *Pluralidade de direitos reais limitados.* 1. Domínio, direitos reais limitados e pluralidade de direitos reais. 2. Direitos reais limitados sobre direitos reais limitados.

§ 2.147. *Graus dos direitos reais imobiliários.* 1. “Prior tempore, potior lure”. 2. Data dos direitos reais. 3.

Direito de grau. 4. Apresentação e teor do instrumento negocial. 5. Apresentação no mesmo dia e pluralidade de negócios jurídicos. 6. Cancelamentos e aquisições de direito antes do ato desconstitutivo.

§ 2.148. *Modificação do grau.* 1. Grau de preferência. 2. Cessão do direito de grau. 3. Inscrições preventivas e averbações.

4.Titulo, averbação e modificação de grau. 5. Conseqüências da modificação de grau.

§ 2.1 49. *Reserva de grau.* 1. Origem e conceituação. 2. Tempo em que se pode reservar o grau. 3. Direito ao grau. 4. Exercício do direito ao grau. 5. Eficácia e cessação de eficácia. 6. Extinção da reserva de grau.

§ 2.1.50. *Graus dos direitos reais limitado e mobiliários.* 1. Direitos reais limitados sobre bens móveis. 2.

Documentos e títulos, títulos incorporantes. 3. Direitos reais limitados sobre direitos.

CAPITULO IN

EXTINÇÃO DOS DIREITOS REAIS LIMITADOS

§ 2.151. *Extinção de direitos reais limitados sobre imóveis e mudanças de conteúdo.* 1. Negócio jurídico extintivo. 2. Renúncia.

3.Principio do assentimento dos interessados. 4. Natureza do assentimento. 5. Principio do assentimento do interessado e sua extinção.

§ 2.152. *Extinção dos direitos reais limitados sobre móveis.* 1. Regras jurídicas gerais e especiais. 2. Extinção de direitos reais limitados sobre direitos.

PARTE TU

Enfiteuse

CAPÍTULO 1

CONCEITO DE ENFITEUSE E DE SUBEFITEUSE

§ 2.153. *Conceito de enfiteuse.* 1. Conceito do direito real limitado. 2.Direito romano. 3. Direito português e luso-brasileiro.4.Direito brasileiro.

§ 2.154. *Direito enfitêutico.* 1. Direito enfitêutico, bem imóvel. 2. Bem incorpóreo. 3. Pessoas físicas e pessoas jurídicas. 4. PerpetuIdade da enfiteuse. 5. Perpetuidade e fideicomisso da enfiteuse. 6. Elementos essenciais e elementos acidentais da enfiteuse. 7. Destinação do prédio e enfiteuse.

§ 2.155. *Conceito de subenfiteuse.* 1. Referência legal ao conceito. 2.Natureza da subenfiteuse. 3. Composição da subenfiteuse.

CAPÍTULO Xl

CONSTITUTÇÃO DA ENFITEUSE

§ 2.156. *Generalidades.* 1. Constituição negocial da enfiteuse. 2. Negócio jurídico hásico e acordo de constituição da enfiteuse. 3. Disposições de última vontade e enfiteus.. 4. Enfiteuse e usucapião. 5. Terras enfiteuticáveis. 6. Enfiteuticação pelo Estado.

§ 2.157. *Constituição da subenfiteuse.* 1. Constituição negocial da subenfiteuse. 2. Subenfiteuse parcial e subenfiteuse total

CAPÍTULO E!

DEVERES E OBRIGAÇÕES DO ENFITEUTA

§ 2.158. *Relação jurídica da enfiteuse.* 1. Enfiteuta e senhorio. 2. Relação jurídica entre senhorio e enfiteuta. 8.

Tributos estatais e ônus reais. 4. Locações feitas pelo enfiteuta.

§ 2.159. *Deveres do enfiteutu.* 1. Dever de aviso. 2. Pensão enfitêutica e laudêmio. 3. Pensões e laudêmio dasenfiteusesestatais

CAPÍTULO IV

DEVERES E OBRIGAÇÕES DO SENHORIO

§ 2.160. *Senhorio e deveres.* 1. Relação jurídica entre enfiteuta e senhorio. 2. Direito de preferência do enfiteuta.

3. Alienação e pretensão à aquisição após ela.91 2.161. *Dever de aviso.* 1. Senhorio e dever de aviso.

2.Arrematação ou adjudicação.

CAPÍTULO V

PARTILHA E DIVISÃO DO DIREITO ENFITÉUTICO

§ 2.162. *Direito enfiteutico simples ou singular e direito enfitêntico universal.* 1. Objeto do direito enfitêutico.

2. Prédio cultivável ou edificável. § 2.163. *Co-enfiteuse e partilha.* 1. Comunhão enfitêutica. 2. Relação jurídica entre co-enfiteutas. 3. Partilha.

2.164. *Divisão e loteamento.* 1. Divisão em glebas e loteamento.2.Assentimento do senhorio. 3. Conseqüências da falta dessentimento do senhorio. 4. Loteamento.

§ 2.165. *Regulação da comunhão.* 1. Cabecel. 2. Situação jurídica antes de ser feita a escolha.

CAPITULO VI

TRANSMISSÃO E GRAVAÇÃO DO DIREITO ENFITÉUTICO

§ 2.167.

§ 2.168.

Hereditariedade. 1. Transmissão a causa de morte do direito enfitêutico. 2. Comunhão hereditária. 101

Sucessão entre vivos. 1. Alienação de direito enfitêutico. 2. Dever de aviso.101

Alienação do bem enfitêutico pelo enfiteuta segundo os arts. 68S, 685 e 688 do Código Civil. 1. Atos de disposição. 2. Alcance do Código Civil, art. 683. 8. Subenfiteuticação e Código Civil, art. 683. 4. Alienação de benfeitorias. 5. Condomínio e alienação. 6. Alienação do domínio. 7. Desapropriação. 8. Atos testamentários. 9.

Propriedade resolúvel. 10. Troca por bolsa não fungível. 11. Doações simplesmente remuneratórias.

12.Transação. 18. Aforamentos estatais.

§ 2.169. *Natureza da regra jurídica do Código Civil, art. 688.* 1. Dispositividade do Código Civil, art. 683. 2.

Pacto em contrário.

§ 2.170. *Atitudes do senhorio.* 1. Assentimento. 2. Enfiteuta que presta declarações falsas. 3. Exercício do direito de preferência.

§ 2.171. *Assentimento do senhorio.* 1. Natureza do assentimento do senhorio. 2. Irrevogabilidade e prova do assentimento. 3. Fatussupervenientes ao assentimento do senhorio. 4. Incessibilidade do direito de preferência do senhorio.

§ 2.172. *Ação para haver do terceiro o direito enfitêutico.* 1. Posição da qüestão. 2. Discussão da questão. 3.

Presunções. 4. Falta de assentimento.

§ 2.173. *Direito de preferência que tem o senhorio.* 1. Natureza do direito de preferência segundo o art. 683 do Código Civil.2.Execução forçada e direito de preferência do senhorIo.3.Alienação de todo o direito enfitiutico.

4. Mudança não ferta ou na aceitação. 116

§ 2.174. *Exercício do direito de preferência.* 1. Texto legal. 2. Mandato e gestão de negócios alheios. 3. Prazo para o exercício do direito de preferência. 4. Não comparência e comparência não-satisfatória.

§ 2.175. *Atos de alienação sem que dêem ensejo a direito de preferência.* 1.Discriminação de atos alienativos.

2. Aviso ao senhorio se o enfiteuta doa ou dá em dote ou troca.

§ 2.176. *Infração do dever de aviso.* 1. Omissão do aviso prévio.2.Enfiteuta que ignora ser enfiteuta.123

§ 2.177. *Laudêmio.* 1. Conceito de laudêmio. 2. Dívida de laudêmio.3.Momento em que se começa de dever o laudêmio. 4. Cessão da ação de reivindicação e laudêmio. 5. Servidão e laudêmio.6.Pagamento devido e não pago antes: laudêmio. 7. Troca e

laudêmio. 8. Doações, dotes e laudêmios. 9. Transação e laudêmio. 10.

Condomínio e laudêmio. 11. Transmissão hereditária e laudêmio. 12. Subenfiteuse e laudêmio. 13. Nulidade ou anulação do negócio jurídico da enfiteuse e pagamento.14.Remissão da divida de laudêmio. 15. Natureza da ação de laudêmio.

§ 2.178. *Direitos reais limitados. e enfiteuse.* 1. Direitos reais limitados sobre o direito enfitêutico. 2.

Constituição de direitos reais limitados sobre o direito enfitêutico. 3. Servidões e enfiteuse.4.Extinção da enfiteuse e direitos reais limitados. 5. Direitos reais a favor do prédio enfitêutico. 134§ 2.179. *Dividas do enfiteuta e execução.* 1. Dívidas e enfiteuse. 2. Direito de preferência do senhorio. 3. Usufruto do domínio e laudêmio.

CAPÍTULO VI

EXTINÇÃO DO DIREITO ENFITÉUTICO

 2.180. *Causas de extinção.* 1. Texto legal. 2. Distrato. 3. Aquisição da propriedade alodial pelos figurantes ou por estranho. 4. Enfiteuses estatais.

§ 2.181. *Perecimento do prédio, causa de extinção.* 1. Perecimento.2.Desconstituição automática. 3. Ruína causada pelo enfiteuta.4.Ruína causada por terceiro. 5. Ação de modificação.

§ 2.182. *Comisso, causa de extinção.* 1. Conceito de comisso. 2. Subenfiteuse e comisso. 3. Se a regra jurídica sobre comisso é “ius dispositivum”. 4. Pessoas que incorrem em comisso. 5. Lugar do pagamento. 6.

Pluralidade de enfiteuses. 7. Pagamento parcial. 8. Inadimplemento das pensões e alienação do direito enfitêutico ou do domínio. 9. Remissão do comisso. 10. Ação de comisso e posse do enfiteuta. 11. Sucessores do senhorio e sucessores do enfiteuta. 12. Benfeitorias necessárias indenizáveis. 13. Credores do enfiteuta incurso em comisso. 14. Frutos pendentes. 15. Enfiteuses estatais.

§ 2,183. *Morte sem herdeiros, causa de extinção da enfiteuse.* 1. Morte sem herdeiros. 2. Pré-exclusão do Estado.

§ 2.184. *Extinção da enfiteuse por ato entre vivos.* 1.Alienação gratuita

do bem enfitêutico ao senhorio.

2.Irrenunciabilidade da enfiteuse. 3. Restituição renunciativa. 4.Renunciabilidade excepcional. 5. Exame do art.

687, 1.aparte, do Código Civil

§ 2185. *Resgate.* 1.Resgate da enfiteuse pelo enfiteuta. 2. Resgate pendentecomisso. 3. Aquisição da propriedade pelo resgatador. 4.Resgate e transferência do domínio. 5. Enfiteuses estatais.

§ 2.186. *Distrato.* 1.Pressupostos. 2. Modificação das cláusulas da enfiteuse .

CAPÍTULO VII

PRETENSÕES E AÇÕES DO SENHORIO E DO ENFITEUTA

§ 2.187. *Pretensões e ações em geral.* 1. Pretensões e ações do domínio e dos direitos reais limitados. 2.

Indicações de método.

§ 2.188. *Ação declaratória.* 1. Pretensão à declaração. 2. Ações declaratórias quanto a direitos reais limitados que tem o enfiteuta.169

§ 2.189. *Ação "ad exhibendum".* 1. Ação de exibição, ação pessoal.2.Enfiteuta e senhorio.

§ 2.190. *Ações que competem ao enfiteuta contra o senhorio.* 1. Ação de reivindicação. 2. Imissão de posse. 3.

Ação Publiciana.

4.Ações de evicção e de redibição. 5. Ação confessória.

§ 2.191. *Ações do senhorio contra o enfiteuta.* 1. Pretensões e ações do senhorio. 2. Ação de comisso. 3. Ações oriundas do direito de preferência. 4. Ação negatória.

§ 2.192. *Prescrição.* 1. Ação de cobrança ou executiva pelos foros.

2.Ação de cobrança de laudêmio. 3. Ação de comisso.

§2.193. *Ações possessórias* i. Enfiteuse e posse. 2. Ação possessória contra o senhorio.

PARTE IV

Servidões

CAPÍTULO 1

CONCEITO E NATUREZA DAS SERVIDÕES

§ 2.194. *Conceito de servidão.* 1. Conceito e procissões conceptuais.2.Concepção da servidão . e elementos do conceito. 3. Presunção de inexistência de servidões.

§ 2.195. *Extenado no tempo.* 1. Extensão da servidão e seus limites.2.Duração.

§ 2.196. *Elementos da servidão.* 1. Prédio dominante e prédio serviente.2.Titularidade. 3. Parte de prédio e servidão. 4. Pertenças e servidão. 5. Prédio dominante e objeto da servidão. 6. "Vicinitas". 7. "Utilitas".

§ 2.197. *Servidão "de futuro".* 1. Conceito de servidão "de futuro".2.Prédio que ainda não é outorgado. 3.

Andares e aparts.-mentos. 4. Edifício a construir-se. 5. Natureza da servidão"de futuro". 6. Aquisição da servidão "de futuro".

§ 2.198. *Sujeitos ativo e passivo do direito de servidão.* 1. Titularidade das servidões e direito real sobre o prédio dominante. 2. Servi-dão no próprio prédio. 3. Titularidade que flui. 4. Contra quem se dirige *o* direito real. 5. Transmissão do direito.6.Concorrência de servidões.

§ 2.199. *Conteúdo das servidões.* 1. Servidões positivas e servidões negativas. 2. "Servitus in faciendo consistere nequit". 3. Atos de exercício das servidões

§ 2.200. *Servidões rusticae e servidões urbanas.* 1. Origens. 2. Servidões rústicas. 3. Servidões urbanas

§ 2.201. *Servidões continuas e servidões descontínuas.* 1.

Dicotomia.2.Posse

§ 2.202. *Conservação da servidão.* 1. Ônus de conservação. 2. Antes e depois do registro. 8. Instalações do prédio serviente. 4. Utilidade do tolerar ou do não fazer. 5. Coexistência do direito de servidão com outros direitos.

§ 2.203. *Servidões de direito público.* 1. Posição do problema e atitude de OSORIO MAVER. 2. Publicízação do prédio. 3. Servidões nascias no direito público. 4. Exame das espécies e exposição sistemática. 5. Precisões conceptuais

CAPITULO II

CONSTITUIÇÃO DAS SERVIDÕES

§ 2.204. *Distinções legais.* 1. Espécies de servidões. 2. Servidões não-aparentes e servidões aparentes. 3.

Apropriabilidade dos prédios. 4. Registro e servidão. 5. Testamento e servidão.6.Negócio jurídico bilateral. 7.

Negócio jurídico de reconhecimento. 8. Servidão sobre prédio comum ao outorgado. 9. Diferença de tratamento das servidões aparentes e das servidões não aparentes. 10. Desapropriação e constituição de servidão.11.Aquisição pela posse da servidão, sem registro. 12. Detração de elementos para a servidão.

§ 2.205. *Registro e servidões.* 1. Direito real de servidão. 2. Se é verdadeiro o princípio da polaridade de proprietários. 3. Pressuposto da utilidade da servidão. 4. Servidão constituída comeficácia no futuro. 5.

Utilidade e eficácia. 6. Constituição negocial das servidões. 7. Bens usufruidos, de uso e de habitação. 8.

Extensão da servidão e constituição. 9. Ações para a constituição de servidões.

§ 2.206. *Principio da indivisibilidade das servidões.* 1. As regras jurídicas do Código Civil, art. 707. 2. Não-uso e piso parcial.3.Exercício quantitativamente maior da servidão. 4. Exercício da servidão não conforme ao título ou à posse. 5. Exame do conteúdo do art. 707, 1.‟ e 2.B partes. CAPITULO IN

ESPÉCIES DE SERVIDÕES

§ 2.207. *Servidões de caminho.* 1. “Servitus itineris”, “servitus actua”e“servitus viae”. 2. Princípios do Código Civil, art. 705.3.Servidão à noite. 4. Largura e servidão de caminho.5.Designação do caminho. 6. Posse da coisa.

§ 2.208. *Servidão de pasto.* 1. “Servitus pascendi”. 2. Participação dousoda servidão. 3. Restrições à servidão de pasto

§ 2.209. *Servidões sobre edifícios.* 1. Edifício, parte integrante. 2. Espécies de servidões sobre edifício. 3.

Servidão “oneris ferendi 4.Servidão “tigni immittendi”. 5. Servidão “proiiciendí”.6.Servidão “protegendi”. 7.

Servidão “altius tollendi” e servidão “altius non toilendi”. 8. Servidão “luminum” e servidão “ne luminibus officiatur”. 9. Servidão “stillicidii” e servidões “fluminis recipiendi” e “non recipiendi”. 10. Servidão

“proapectus” e servidão “ne prospectui officiatur”. 11. Servidão “cloacae”. 12. Servidão “fumi immittendi” (ou

“recipiendi”). 13.Servidão “aquae immittendae ia aedes seu aream vicini”.14.Servidão “cuniculi balnearii habendi”. 15.Outras servidões.

§ 2.210. *Servidões de águas.* 1. Espécies. 2. Distinção entre hausto e aqueduto. 3. Servidão “pecoris ad aquam appulsus”. 4. Águas colatícias e águas não residuais.

§ 2.211. *Servidão “a quaeductus”.* 1. Modos de constituição. 2. Necessidade da servidão. 3. Água e prédio. 4.

Legitimação ativa à ação constitutiva. 5. Obras necessárias à servidão.

§ 2.212. *Ação de constituição de servidão de aqueduto.* 1. Pretensão e ação “servitutis habendae”. 2. Caução por dano infecto.3.Estradas, vias e caminhos públicos. 4. Direção, natureza e forma do aqueduto. 5. Mudanças do aqueduto e aumento do aqueduto. 6. Servidão “aquae haustus” e “aqueductus” posterior.

§ 2.213. *Divisão do prédio dominante.* 1. Comunhão já existente e comunhão superveniente. 2. Divisão das águas e aqueduto.

§ 2.214. *Servidão de aqueduto e direitos de terceiros.* 1. Constituição de

servidão. 2. Exercício da servidão de aqueduto.

§ 2.215. *Servidões de serviço público e de serviço ao público.* 1. Posição do problema. 2. Leis de direito público.

§ 2.216. *Servidão "aquae haustus".* 1. Águas particulares. 2. Águas públicas. 3. Legitimação ativa. 4. Águas comuns, águas públicas de uso comum e águas públicas de uso reservado. 5. Constituição da concessão. 6.

Direito real limitado. 7. Direitos de terceiros. 8. Direito intertemporal. 9. Cessão.

§ 2.217. *Servidões a favor das áreas de pesquisa e de lavra.* 1. Áreas de pesquisa e de lavra. 2. Direito formativo gerador e servidões.

§ 2.218. *Servidões a favor de empresas da energia elétrica.* 1. Limitação constitucional. 2. Propriedade das quedas de água e outras fontes de energia hidráulica. 3. Direitos formativos geradores e servidões.

§ 2.219. *Deveres por limitação, e não por servidão.* 1. Falsas servidões administrativas. 2. Construções jurídicas inadmissíveis.3.Margens de rios públicos. 4. Limitações à altura da construção e navegação aérea. 5. Praças de guerra, acampamentos e mais lugares e instalações de defesa nacionaL 6. Estradas de ferro e propriedades atravessadas ou próximas. 7. Patrimônio histórico e artístico nacional. 8. Florestas protetoras e limitação ao conteúdo do direito de propriedade.

SERVIDÕES E REGISTRO

CAPITULO VII

§ 2.220. *Técnica legislativa.* 1. Servidões e constituição de servidões. 2.Direito grego e direito romano. 3.

Negócios jurídicos e constituição das servidões.

§ 2.221. *Registro das servidões e direito brasileiro.* 1. Concepção anterior à Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864, e aos Decretos n. 3.453, de 26 de abril de 1864, a. 169-A, de 19 de janeiro, e n. 370, de 2 de maio de 1890. 2. Direito posterior ao Código Civil.

§ 2.222. *Inscrição.* 1. Inscrição, e não transcrição. 2. "Ratio legis".

§ 2.223. *Cancelamentos.* 1. Função do cancelamento. 2. Ações de

cancelamento.

CAPÍTULO V

AÇÃO DE USUCAPIÃO DE SERVIDÕES APARENTES

EXERCÍCIO DAS SERVIDÕES

CAPITULO VIN

§ 2.224. *Conteúdo e exercício das servidões.* 1. Conceitos de conteúdo e de exercício das servidões. 2. Titulo e exercício. 3. Limites fáticos do exercício da servidão. 4. Extensão do direito de servidão e atitude do dono do prédio serviente. 5. Posse e suas conseqüências

§ 2.225. *Limites ao conteúdo e ao exercício das servidões.* 1. Espécies de servidões e exercício. 2. Mudança de exercício da servidão.3.Mudança de servidão. 4. Ação e negócio jurídico.

§ 2.226. *Regras jurídicas sobre deslocação.* 1. Deslocação da servidão. 2.Código Civil, art. 703. 3. Mudança para outro prédio..Direito formativo modificativo do dono do prédio dominante. 5. Mudança do modo e do tempo do exercício. 6. Despesas com a mudança

§ 2.227. *Exercício da servidão e atos necessários.* 1. Atos que possibilitem o exercício da servidão. 2. “Facere” no pretérito. 3. Liberação perdente do prédio serviente. 4. Inutilidade superveniente. 5. Obras necessárias. 6.

Renúncia pelo dono do prédio serviente.

CAPITULO VI

EXTINÇÃO DAS SERVIDÕES

§ 2.228. *Princípios gerais.* 1. Principio fundamental. 2. Temporariedade e perpetuidade das servidões. 3. Causas de extinção.4.Cancelamento pedido e cancelamento promovido ou suscitado

§ 2.229. *Análise das causas de extinção.* 1. (a) Renúncia à servidão e cancelamento. 2. (b) e (c) Destruição do prédio dominante ou do prédio serviente. 3. (d) Cessação da utilidade. 4. (e) Resgate. 5. (f) Mesma idade do titular do direito de propriedade dos dois prédios. 6.

(g) Condição e termo; fato que extingue o objeto da servidão. 7. (h) Supressão de obras. 8. (i) Não-uso. 9. (j) Atos opostos do dono do prédio serviente. 10. (k) Desapropriação da servidão. 11. (1) Aquisição

PARTILHA, DIVISÃO, EXECUCÃO E CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÕES

§ 2.231. *Pressupostos.* 1. Ações derivadas do art. 698 e parágrafo único do Código Civil. 2. Pressupostos da usucapião de servidões aparentes. 3. Aparência da servidão e servidões aparentes.

4.Posse de servidão e boa fé. 5. Boa fé. requisito necessário da posse usucapiente. 6. .Justo título, requisito necessário para se usucapir servidão. 7. Alusão intempestiva à "scientia" e "patientia".

§ 2.232. *Suspensão e interna peão da usucapião de servidões aparentes.* 1.Suspensão do curso do prazo e art.

553 do Código Civil.

2.Interrupcão e art. 553 do Código Civil. 3. Morte e usucapião. 4. Sucessão universal e singular entre vivos. 5.

Servidões não-aparentes.

§ 2.233. *Juiz e decisões executivas constitutivas.* 1. Posição do problema. 2. Classificação das servidões necessárias

§ 2.234. *Partilha e constituição de servidão.* 1. Atividade das partes na partilha e atividade judicial. 2. Partilha do prédio sem divisão. 3. Constituição de servidão nas ações de partilha. 4.Momento em que se constitui a servidão

§ 2.235. *Divisão do prédio e servidões necessárias.* 1. Exame das espécies. 2. Divisão do prédio dominante. 3.

Divisão do prédio serviente. 4. Divisão do prédio e criação de servidão. 5. Constituição judicial da servidão na ação de divisão. 6. Momento em que se constitui a servidão na ação de divisão

§ 2.236. *Execução forçada e servidões necessárias.* 1. Penhora e adjudicação. 2. Natureza da constituição da servidão, em ação executiva de dívida ou de sentença. 3. Momento em que se constitui a servidão.

§ 2.237. *Servidão constituída em execução forçada de promessa de*

declaração de vontade. 1. Execução forçada e servidão constituída pelo juiz. 2. Momento da constituição. 3. Constitutividade por execução.

CAPITULO IX

PRETENSÕES E AÇÕES ORIUNDAS DA SERVIDÃO E CONTRA ELA

SEÇÃO 1

Ações de tutela às servidões

§ 2.238. *Ações puras e ações compósitas.* 1. "Actio confessoria" e ações possessórias no direito anterior. 2.

Direito vigente.

§ 2.239.a) *Ação declaratória.* 1. Servidões e declaração. 2. Eficácia.3.Ônus da prova.

§ 2.240.b)e c) *Ação de condenação por ofensa ao direito de servidão e ação e indenização.* 1. Ação condenatória. 2. Ação pessoal por inadimplemento da promessa de constituir servidão.

§ 2.241.d) A *ção de segurança.* 1. Ação de segurança preparatória.„2 Ação de segurança incidental. 3. Ação de segurança não preparatória nem incidente.

§ 2.242.e) *Ação cominatória.* 1. Ação de preceitação. 2. Natureza da ação cominatória.

§ 2.243.f) *"Servitutis vindicatio".* 1. Vindicação da servidão. 2. Direito de hoje. 3. Simplicidade da vindicação da servidão.4.Legitimação passiva.

§ 2.244.g) *"Actio confessorza".* 1. Direito romano. 2. Direito brasileiro. 3. Necessidade de precisões conceptuais. 4. Legitimação ativa na ação confessória de servidão. Legitimação passiva na ação confessória de servidão. 6. Ônus da prova. 7. Eficácia da sentença favorável na ação confessória de servidão.

§ 2.245.h) *Ação negatória (ação de ofensa ao direito de servidão).* 1.Ação negatória contra direito real restritivo do domínio e ação negatória do

titular do direito real limitado. 2. Legitimação ativa na ação negatória do titular do direito de servidão.

§.2.246.i) *Ações possessórias.* 1. Servidão e posse. 2. Ação possessória. 3. Legitima defesa e justiça de mão própria. 4. Servidões descontínuas e servidões contínuas não aparentes. 5. Posse e registro. 6. Possuidor da servidão. 7. Ações possessória se atos necessários ao exercício da servidão.

Título V

DIREITOS REAIS LIMITADOS

SEÇÃO II

Ações contra pretensão ou ato de servir

§ 2.247.

§ 2.248.

§ 2.249.

§ 2.250.

Ação negatória. 1. Generalidades. 2. Pretensão negatória e justiça de mão própria.

Ação de retificação do registro. 1. Pretensão à ratificação 2.Registro e servidão; ordem jurídica, histórica, e ordem do registro.482

Ação de indenização. 1. “Damnum iniuria datum”. 2.Legitimação ativa e passiva.

Ações possessórias. 1. Prédio em que se dá a incursão como de servidão. 2. Posse além do conteúdo da servidão.

Parte 1. Conceito e espécie de direitos reais limitados

CONCEITO DE DIREITO REAL LIMITADO

§ 2.139. Direitos reais

1.TITULARIDADE E SUJEITO PASSIVO TOTAL. Há direitos cujo sujeito passivo é total: todos devem, no sentido de que o direito se dirige Contra todos. Se A promete a B cem mil cruzeiros, A obriga-se; não obriga a outros. Se A transfere a B a propriedade de uma casa, ou de um livro, ou de um titulo ao portador, ou de bem inocorpóreo, como o direito de autor, a patente de invenção, a marca de indústria ou de comércio, A fica perante B em situação semelhante à de qualquer outra pessoa: o direito de B dirige-se contra A e qualquer outra pessoa. Os direitos absolutos têm, portanto, subjetividade passiva total. Os direitos reais são direitos absolutos. Porém nem todos os direitos absolutos são direitos reais, direitos absolutos sobre coisas, de modo que se tem de procurar qual o elemento distintivo dos direitos reais.

2.DIREITO PESSOAL E DIREITO REAL. O direito pessoal é direito a ato, ou conduta, de outrem: dirige-se contra o devedor. De modo que a conduta desse dá o conteúdo do direito. O direito real tem como conteúdo a coisa, de modo que a prestação da parte contrária *(e* . g., de quem tem de restituir a coisa) apenas é conseqüência do direito. No direito pessoal, há relação entre duas pessoas ou mais. No direito real, entre uma ou mais pessoas e todos, podendo dar-se que a infração por um ou alguns o torne ou os torne obrigados. No condomínio e nas outras categorias de compropriedade, coexistem os direitos pessoais da comunhão e o direito real de cada comuneiro. Idem, na sociedade que tem bens. Mas, naquelas, a relação de direito real é o *prius,* e os direitos pessoais, *posterius;* nessa, a relação de direita pessoal é que é *rins,* e os direitos reais, *posterius.*

Quando a obrigação do devedor sai do âmbito patrimonial, a estrutura política-jurídica da nossa civilização a concebe como de direito de família ou de direito público; ou, se ainda admitia escravidão, o obrigado deixava de ser devedor (pessoa obrigada), para ser coisa, objeto de relação de direito real. O texto de PAULO (L. 3, pr., D., de *obligationihws et actionibus,* 44, „7), diz muito: “Obilgationum substantia flOfl in eo COflsistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis abstringat ad dandum aliquid *ve]*

faciendum vel praestandum”.

3. DIREITOS REAIS LIMITADOS. Os direitos que têm por objeto bem corpóreo, ou incorpóreo, que seja

"coisa", não direitos reais; dai dizerem-se direitos sobre coisa. Há senhorio sobre a coisa, ilimitada ou limitadamente. O domínio vem em primeiro lugar: é o direito real que não desaparece com a restrição feita pelos direitos reais limitados, porque esses são feitos com *alguns* (não todos) dos seus elementos. Antes, Tomo XI, §§ 1.178-1.180.

A relação jurídica a que correspondem os direitos reais limitados é entre o titular do direito e todos: o sujeito passivo do direito é total. Na servidão, o dono, *agora,* do prédio serviente apenas é sujeito passivo, *agora,* da relação jurídica de direito real limitado. Através do tempo, os sujeitos passivos mudam, como podem mudar, se o direito é transmissível, o sujeito ativo. Mas em verdade o sujeito é total.

Se é terceiro que dá a coisa em garantia (penhor, caução de títulos, hipoteca, anticrese), não é devedor, no plano do direito das obrigações; mas é devedor no plano do direito das coisas. Os que, extremando divida e responsabilidade, entendem que o dono da coisa dada em garantia não- assumiu dever, empregam o termo

"dever" em sentido demasiado restrito, ou apagam, por pendor à novidade, a relação jurídica de direito material, para somente verem, o que é erro agravado, o que *se vai* passar no plano do direito processual *(e. g.,* A. MENZEL, *Das Anfeehtungsrecht der Gidubiger,* 26 s.; E. CAL1NELUTTT, *Diritto e processo,* 299 s.; G.

G. AULETTA, *Revocatoria, 99* si. Sujeitar bens à execução é assumir, no plano do direito das coisas, dever, se bem que nio no plano do direito das obrigações salvo fato juridico superveniente que o crie. Tal relação jurídica, de direito material, é ineliminável.

A existência de direitos reais limitados fora do art. 674 não infirma o *princípio do "numerua clausus"* dos direitas reais limitados. O principio apenas diz que é preciso que se crie algum direito real, para que *a* lista do art 674 cresça. Os autores e julgados que da existência de outros direitos reais limitados pretende concluir que o princípio da *numerus clausus* desapareceu, ou porque, acrescenta-se, se riscou um "àmente" que havia no Projeto primitivo do Código Civil, art. 757, incidem em grave contudo. O número é fechado, clauso, porque rt se podem criar, sem lei, outros direitos reais. Os direitos reais que resultam de direitos reais ou que são, em verdade, pretensões ou ações, ou excedes, como a direito de preferência, o de retenção e os de vizinhança, acessórios, não abrem exercício ao principio. Dai ser ambíguo, se não equivoco, o vota do relator do acórdão da 2.‟ Turma do Supremo Tribunal Federal, a 6 de outubro de 1949 *(A. 3.,* 98, 185), aliás contra o que decidira, antes, a Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas

Gerais, 2 de fevereiro de 1939 *(R. F.,* 78, 547). A mesma Câmara Cível, a 20 de março de 1929, já o havia afirmado (relator, OLIVEIRA ANDRADE, *R. 9.,* 55, 203).

§ 2.140. Diferença de conteúdo

1.DOMÍNIO. O domínio é o direito mais extenso, de jeito que, tirando se lhe elementos para a constituição de quaisquer direitos reais limitados, algo fica. O conteúdo de qualquer dOses direitos reais limitados cabe no conteúdo do domínio; o conteúdo do domínio somente em parte cabe no conteúdo dos direitos reais limitados.

Todos os direitos reais limitados têm limites de conteúdo interiores ao conteúdo do direito de domínio; por isso limitados. Limitadas e de conteúdo Contido no conteúdo da domínio, sem que se possa dar exaustão, os direitos reais limitados restringem, por dentre, o domínio. A convicção romana de que tais direitos haviam de ter como titular quem não fosse dono da coisa foi superada. O direito real limitado é direito *in re,* porém não necessariamente *ifl re aliena.* Não é o proprietário, o dono nesse momento. que há de tolerar o direito real; é qualquer dano, ou não, a qualquer ocasião.

2.LIMITAÇÃO E RESTRIÇÃO DE CONTEÚDO. Quando se faz direito real limitado, não se *limita* o conteúdo do direito de propriedade, porque o domínio é o direito sobre todo o conteúdo embora êsse se *restrinja,* quanto ao exercício, pelo fato de se constituir direito real limitado. O conteúdo do domínio *é usus, fructus* e *abusus,* ainda que se haja constituído enfiteuse, usufruto, uso ou habitação. Por isso é que, cessado qualquer deles, a restrição é riscada e se dá o que se assentou em chamar consolidação. Passa-se o mesmo quanto às servidões: o conteúdo do domínio continua e mesmo, mas "restringe-se" pela retirada de elemento com que se completa o direito de servidão. esse é ponto da maior importância. Nem usufruto, nem uso, nem habitação, nem servidão, e até, mesmo, enfiteuse *limita,* isto é, *diminui* o conteúdo do direito de propriedade: só o restringem no tocante ao exercício, O dono do prédio perde o usos a favor do usufrutuário, ou do usuário, ou perde a *habitatio, a* favor do habitadar, mas o que ele perde é exercício do direito de domínio, não "conteúdo".

Restrição a conteúdo é restrição a exercício, porque não se dá a cisão, o corte no conteúdo; somente ocorre a determinação de linha que corresponde à restrição. Muita diferente é o que acontece quando a lei

limita o conteúdo, quando o conteúdo diminui: era e, e passou a ser o *menoa* 1.

Os direitos da vizinhança são direitos que correspondem a *limitações* do conteúdo do direito de propriedade.

Mas há outros direitos, sem serem os de vizinhança, que o limitam. Quando se diz que se estabelece servidão supõe-se estar incólume o conteúdo do direita de propriedade; apenas se restringe o seu exercício. Porque naus é exercício, *friwtus é* etercicio, *ahuns* é exercício. Com a enfiteuse, restringe-se o exercício do domínio; com o usufruto, o uso e a habitação, restringe-se o exercício do domínio; idem, com as servidões. A íncomidade do conteúdo dominical continua. Daí ser de sérias conseqüência nelas a confusão entre *limitação* e *restrição.* A limitação somente pode ser por lei. A restrição pode ser por ato das particulares ou do Estado, ou por lei.

Quando algo se tira ao conteúdo do direito da propriedade, o conteúdo não é como seria se não tivesse havido a limitação. Muita diferente é o que acontece quando, em vez de se diminuir o conteúdo, se restringe a conteúdo, quanto ao exercício, para se compor o objeto de alguma relação jurídica, que se considera direito real limitado.

Na evolução da técnica jurídica, vão permanecendo pelo caminho juristas cuja mentalidade, em vez de vir em linha de aperfeiçoamento técnico do direito romano para os nossos dias, herdaram a confusão pós-romana entre direitos *limitativos* do conteúdo do direito da propriedade (direitos que existem porque onde eles existem não existe direito de propriedade) e direitos reais limitados que são direitos que existem, como direitos reais, posto que não *diminuam* (não limitem) o contem do mesmo do direito real.

Os direitos que se podem colocar no espaço que seria parte do conteúdo se o conteúdo não houvesse sido *limitado (direitos Limitativos,* chamamos-lhes) não direitos que não *entram* no direito de propriedade, pois estão fora: esbarram de encontro ao conteúdo desse. Ou são direitos formados, ou são direitos formativos. Se são direitos formativos, criam-se situações como que ondulantes, pois o conteúdo se retrai, se o titular do direito formativo o exerce, ou se dilata, se o titular o não exerce. Juristas formados em séculos pós-romanos e impermeáveis às críticas que se fizeram a esses séculos de confusão entre *direitos Limitativos* e *direitos restringentes* (direitos reais limitados) continuaram, por exemplo, a ver servidão onde o que havia era direito limitativo.

De iure condendo, tudo aconselharia a que só se vissem servidões onde não há direito formado de incursão, nem direito formativo, isto é, quando não se pudesse pensar em limitação ao conteúdo do direito de propriedade. Infelizmente, *de lege lata,* por persistência de mentalidades híbridas, se mencionam "servidões" onde se limitou o conteúdo do direito de propriedade. Se houve limitação do conteúdo do direito de propriedade, há contradição em se falar de servidão, que é direito *sobre* o Conteúdo. Se o conteúdo do direito de propriedade foi limitado, o que está fora do conteúdo não pode ser *tirado* ao conteúdo, ainda quanto ao exercício: só o que estivesse dentro dos limites poderia servir, isto é, *pau* ou *non facere.* O que é conteúdo de direito de propriedade é que pode servir. Sirvo com o que é meu corpo, não com o que não é meu corpo; e o próprio mutilado da mão serve com o corpo, que tem, e não com a mão que não tem.

De iure considerando, repitamos construções que não atendem à diferença entre direitos *linitativos,* direitos que podem existir onde algo deixou de ser conteúdo do direito da propriedade, e *direitos restritivos,* que existem por sobre o conteúdo do direito de propriedade restringindo-lhe o exercido.

De lege lata., teremos de enfrentar o problema das servidões resultantes do exerCício de direito formativo gerador. portanto de exercício de direitos limitativos. A limitação consiste e ai se revela a completa superação do conceito de servidão legal em se atribuir ao dono de outro prédio a pretensão a *restrin* gir. O que se corta ao conteúdo de direito de propriedade é o que faz o direito formativo gerador. Não o que se obterá com ele. O que se obterá com ele é por sobre o conteúdo, para restituir-lhe o exercício. Por mais sutil que possa parecer essa construção, é a única, *iure condito,* que se pode conseguir, dentro do sistema jurídico brasileiro, para se atender aos arte. 39-48 do Decreto-lei n. 1.985, de 29 de janeiro de 1940, e aos arte. 117-133 do Decreto n. 24.648, de 10 de julho de 1934.

O Decreto-lei n. 1.985 podia construir o direito do seu art. 39 como o Código Civil construíra o dos arts. 559-561 e o do art 56"?. Em vez disso, fêz constitutiva a decisão, mas isso não elide o que há de direito de vizinhança o direito feito com elemento que foi retirado ao domínio é direito a criar a utilização; só se exerce mediante a indenização. A constituição torna-se minudente, mas evita gravíssimos erros e as discussões sem base séria. Há o conteúdo do direito de propriedade pela regra legal; a servidão coativa é aquilo a que se dá direito. Ao que seria o conteúdo do direito de propriedade retira-se, conceptualmente o elemento que faz o direito formativo gerador; o elemento, sobre que recairá o direito formado, integrante do conteúdo

do direito de propriedade" de modo que a pretensão é apenas à substituição de servidão: só há servidão sobre o que é de outro prédio, isto é. sobre o que é conteúdo do direito de propriedade do prédio.

Tal construção é a única que atende à sistemática do Código Civil e à técnica e terminolora dos dois decretos, *o* de 1934 e o de 1940. Esbocemos algumas figuras que possam ser elucidatina.

Fig. II. 1

Â parte em linha carts.da é a servidão (2) que se obtém com o exercício do direito formativo gerador (1). Os pontos mostram que há enfiteuse, ou usufruto, ou uso, ou habitação. poder-se-ia pensar em enfitétise e usufruto, ou uso ou habitação.

Não se precisaria da figura do direito formativo gerador (limitativo) e de eventual direito formado (restritivo):já haveria o direito formado (limitativo), de modo que se teria cortado o conteúdo *(e.* y., Código Civil, arte. 559-561, 567. 580 e 587).

Podemos examinar as três espécies: direito formativo gerador e direito formado (servidão); direito convencional ou usucapião de servidão; direito de passagem (limitativo).

Na figura n. 3 abriu-se o conteúdo que seria o do direito de propriedade para se conceber direito limitativo (direito formativo gerador de servidão) e direito restringente (direito formado de servidão).

Servidão de passagem por convenção ou usucapião

1.Direito (limitativo) de aqueduto. 2. Direito (limitativo) de Direito de água. 8. Direito (limitativo) de passagem e pastagem nos prédios B e C, respectivamente.

1.Direito formativo gerador a aqueduto. 2. Servidão coativa (direito formado) de aqueduto.. 3. Direito formativo gerador a hausto de água. 4. Servidão coativa (direito formado) de hausto de água 5.Direito

formativo gerador a passagem e pastagem. 6. Servidão coativa (direito formado) de passagem e pastagem.

Nas duas figuras acima, n. 6 e n. 7, há abertura das linhas mesmas do direito real, do domínio. Nas figuras ressalta a incluido da lei, cortando o conteúdo do direito, portanto li *mitando-o.* O conteúdo, que é, após a regra jurídica que estabeleceu o direito real limitativo, ou já formado, ou gerador, configura-se diferente daquele que *seria,* se tal regra jurídica não houvesse existido. Isso não se passa, de modo nenhum, se há apenas *restrição:* então, o conteúdo, que seria, é, apenas *restringido* pelo negócio jurídico, ou pela lei, que criasse o direito real limitado. O que é tem *limites.* Para além desses limites, isto é, por fora deles, é que *podera aceitar* direitos, direitos limitativos, se vêm até os limites, como que em contacto, e *há* direitos que não vêm até os limites. Se algum direito se faz por dentro dos limites, isto é, para aquém deles, são restringentes. Direitos restringentes não limitam. A D

2.Direito de servidão de aqueduto. 4. Servidão aquse *haustus.*

6.Servidão de passagem e pastagem nos prédios B e O, respectivamente.

3.DETRAÇÃO DE ELEMENTOS. Na constituição dos direitos reais limitados, elementos do conteúdo do domínio passam a ser elementos do conteúdo daqueles; o que resta ao dono ou e) ainda pode ser atribuído ao conteúdo de algum direito real limitado, ou *b)* é inseparável do domínio. Devido a cd, tem-se de atender no momento de cada constituição de direito real limitado a que só se pode constituir com o que se tem ou resta.

Donde o princípio *Prior in tem pore, potior i iure.*

A diferença entre os direitos reais limitados provém da diferença mesma de conteúdo. Não há confundirem-se a enfiteuse e o usufruto, o uso ou a habitação, nem o usufruto e a hipoteca, nem qualquer deles com a servidão, nem, sequer, o usufruto ou o uso e a anticrese.

A reserva de direitos reais, na ocasião em que se transfere a propriedade, aparece nas fontes romanas com os verbos “detrahere,“ “excipere”, “recipere” e “separare” e, às vezes “deducere”. Algum ou alguns elementos do conteúdo do domínio ficam, embora os outros se vão, alienados no todo que se transferiu. Mas ficar, tratando-se de direitos reais limitados, implica criar-se algum desses direitos. Se êsse direito não foi ainda registrado, por inscrição, e o foi, por transcrição,

a transferência da propriedade, dessa há de constar a detração, de modo que não se transferiu o que se reservou e o transferente da propriedade é legitimado à inscrição. Houve, no intervalo, detração sem ter havido, com o detrato, constituição do direito real limitado. Por onde se vê que o problema exige investigação histórica e sistemática, que aponte as peculiaridades do fato.

Quando se constitui direito real limitado, ou é por ato de disposiçãO do elemento que lhe faz o conteúdo, ou por ato de disposição do domínio, isto é, dos outros elementos, que compõe o domínio. Para ULPIANO (L. 5, pr., 13., *si usus fructus petetur vel ad alium pertinere negetur, 7,* 6) e PAULO (L. 25, O., *de verborum significatiofle,* 50, 16), constituir enfiteuse, usufruto, uso, habitação ou servidão, não é *dividir* o domínio, nem *parti-lo:* é detrair-lhe ao conteúdo elemento, sem que o domínio dei-ice de ser. O suporte fático do domínio permite que se lhe detraia enfiteuse, usufruto, uso, habitação, ou servidão, sem que o domínio sofra, como ilireito (mundo jurídico). Usufruto, uso, habitação, servidão, ou, até, enfiteuse não é *pars dominji.* Partir ou separar o elemento do suporte fático não basta para partir ou separar parte do direito. A *pars pro indiviso* e a *pan pro diviso* partem. Daí falar-se em *porfio dominii. A* detracçãO não parte. Nem divide. Donde a conclusão: se, quanto ao suporte fático, o direito real limitado se distingue, *quantítattvamente,* do suporte fático do domínio, domínio e direitos reais limitados qualitativamente se diferençam. Há como pele que se conserva ao domínio quando elemento se tira do seu conteúdo para a constituição dos direitos reais limitados. Quem tem domínio não tem usufruto, uso, ou habitação, mas tem elementos com que tais direitos se fazem: o dono não é usufrutuário, mas usa e frui; não é usuário, mas usa; não é habitador, mas habita. “Qui habet proprietatem ius utendi fruendi separatum non habet”. É de ULPIANO (L. 5, pr., D., *si uns fruetws petetur* veZ *ad auum pertinere negetur, 7,* 6). Quem tem servidão de caminho não tem um pedaço do prédio alheio, nem a proprie dade do *Zocws serviens.* Servir-se de uma coisa não é tê-la. Tem o Gata *eundi.* Nenhuma parte do prédio perdeu, com isso, o dono. ULPIANO (L. 8, 13., *de aqua et de «quite pluviae arcendue, 39, 3)* frisou que o direito do dono é sobre o *corpus,* a servidão *jus boi.* Ainda se se trata de servidão de tirar água, ou pedra, ou cal.

Em algumas passagens do Digésto, diz-se que usufruto é *para dominii (e. g.,* PAPINIANO, na L. 76, § 2, D., *de legatis* a *fideicommissis,* 31) : “Dominus herede fructuario seripto fundum sub condicione legavit. volúntatis ratio non patitur, ut heres ex causa fructus emolumentum retineat: diversum in ceteris praediorum servitutibus, quas heres habuit, responsum est: quoniam fructus portionis instar optinet”. Proprietário legou um prédio sob condição a frutuário intituído

herdeiro. A razão da vontade *(voluntatis ratio)* ~não tolera que o herdeiro retenha aproveitamento, por causa do *fructus:* respondeu-se o contrário a respeito das. servidões dos prédios (o

"ceteris" foi interpolação), que o herdeiro teve, porque o fruto obtém à semelhança da porção *(portionis instar)*.

Realizada a condição, o legatário do prédio frui na qualidade de dono, e não de usufrutuário: o *fructus* acabou; o fruir, desde o implemento da condição, é *portionis instar*.

Os juristas exageraram a alusão à *pais dominji.* Não se disse que dono e usufrutuário estão na situação de comuneiros. Muitas passagens frisaram o contrário. Mas sim que algo se passa *portionis instax.* Na L. 4, D., *de usu fructu et quemadmodum quis utatur fr-uatur, 7,* 1, PAULO diz: "Usus 1 ructus in multis casibus pars dominli est, et exstat, quod vel praesens vel ex die dari potest". O usufruto em muitos casos é parte do domínio e ressalta que se pode dar no presente ou desde certo dia. Com isso, distingula-se das servidões, que então não permitiam determinações mexas (termo, condição), conforme a L. 4, D., *de servitutibus,* 8, 1. O próprio PAuto, na L. 25, D., *de verbo-rum significatione,* 50, 16, afirmou que "usus fructus non dominu pars sit" (o "sed servitutis" foi interpolação). A essa questão dedicou estudo MANDREA *(De Usufructu quasi parte dominu,* especialmente §§ 6 e 10) frisou estar-se a empregar *pan* em sentido diverso de quota ou porção, ou *portio,* em vez de elemento com qualidade de parte. Não se trata de usufruto fragmento do domínio, mas de direito real limitado, que se faz com elemento do conteúdo do domínio, sem que se *diminua* o domínio. Os intérpretes lêem

"servitus", em vez de "servitutis" na L. 25, 13., *de verborum significatione,* 50, 16 *(e. g.,* B.WINDSCHEID, *Lehrbuch,* , 9Y ed., 1.024 a.); divergimos: PAULO quis aludir ao que se restringe ao conteúdo do domínio, para se compor o direito real de usufruto, como exercício dele, *servitus,* em sentido largo, e considerou o usufruto *pars seriatutis.* Não se poderia tomar à letra o dizer de PAULO, como fêz J. S.

BACHOFEN *(Das rãmische Privatrecht,* 1, 97 s.), considerando dono e usufrutuário dois titulares do direito de propriedade. Nem se pode negar que os direitos reais limitados sejam direitos que restringem o exercício do direito de propriedade, por detração de elemento do conteúdo que não o faz "diminuir" (limitar). Limitado é o direito de usufruto, de uso, de habitação, ou de servidão, ou de garantia real; não limita. É preciso atender-se a que os juristas romanos ainda

estavam a procurar fixação de conceitos ("quasi dominus" e o usufrutuário, para POMPÔNIO, L. 22, 13., *de aqua et aquite pluviae arcendite,* 39, 3; "quasi pars dominii" diz-se dos direitos reais limitados, para se cogitar da caução de dano infecto; cf. L. 33, § 1, 13., *de usu fruetu et quemadmodum quis utatur fruatur, 7,* 1). Repetida-mente se afirma que usufruto não é *pars dominji,* ou *pars fundi.*

A *deductio* é constituição de direito real limitado, que nada tem com a alienação ocasionalmente acordo com ela. Tanto importaria constituir a favor de outrem e, hoje, de si mesmo o direito real, sem alienar o domínio, quanto aliená-lo e constituir o direito real limitado, para si ou para outrem. Cf. L. 8 e L. 5, 13., *comvnunia praediorum tam urbanorum quam rusticorum,* 8, 4. A alienação pode ser nula, ou ineficaz, sem que o seja a constituição do direito real limitado; e vice-versa. O negócio jurídico da alienação pode, formalmente, achar-se na mesma escritura pública que a constituição de servidão ou de outro direito real limitado. Não é por êsse negócio jurídico, por êsse contrato, que se constitui o direito real limitado. É pelo negócio jurídico de constituição (cf. ADOLE EXNER, *Die Lebre vom Rechtserwerb durch Tradition,* 6). Havia duas tradições (EuDOLF ELvERS, *Die rômiache Servitutenlehre,* 209) ; hoje, há dois acordo de transferência e dois registros.

É expressiva a L. 32 (AFRICANO), 13., *de servitutibus praediorum rusticorum,* 8, 3.

A multiplicidade de atos aparecia a cada momento, como por ser típico (H. FITTING, *Das* castrense peculium, 112 s.) a deixa do escravo ao herdeiro, com a liberdade (adida a herança, ocorria a liberdade). Sobre isso, L. 23,

§ 1, e L. 25, 13., *de manumissis testamento,* 40, 4, e L. 58, 13., *de adquirenda vel omittenda hereditate,* 29, 2.

O fato da *deductio* de enfiteuse, de usufruto, de uso, de habitação, de direito real de garantia é o mesmo: hoje, não nos importa saber qual o direito que regia cada um deles, nos tempos romanos; nem quais as exigências peculiares à constituição de cada direito real limitado *(e. g.,* confirmação de hipoteca pelo príncipe, E.

POTHIER, *PcLndeútae Iustinianeae,* II, 161). Sem razão, F. SINTENIS *(Htindbuth des gemeineu Pfandirechts,* 209) e C. BtICHEL *(Civilrechtlifhe Erôrterungen,* 1, 187).

Por outro lado, hoje é o registro que confere a natureza eficacial de

direito real ao direito constituído: há intervalo de vinculação, sem que o direito *real* se produza. Até a constituição pelo registro houve reserva, hoje *acordo de constituição:* ainda não se poderia vindicar a enfiteuse, o usufruto, o uso, a habitação, a servidão ou o direito real de garantia, nem, é claro, pretender a declaração (cf. J. J. LANa, tTber den materiellen Gehalt und den wissenschaftlichen Begriff dos Pfandrechts an einer kõrperlichen Sache, *Archiv filr die civilistische Praxis,* 28, 383).

A *deductio,* como a constituição sem reserva, deixa intacto o direito de domínio. Qualquer que seja o direito real limitado, incólume em sí fica o domínio como ficaria se só se deduzisse servidão *altius não toliendi.* ~

Que perde de substância o domínio se apenas se lhe restringe o conteúdo, pelo exercício, para que não possa o dono do prédio fazer acima de certa altura a construção?

A construção da *deduetio* como se o alienante aceitasse o que o adquirente ofertou é de repelir-se.

Praticamente, se 1850 fosse verdade, hoje teria o alienante de pagar o imposto de transmissão quanto ao

"prédio sem dedução", e não sobre o prédio menos o valor da servidão, ou de outro direito real limitado. A opinião de TH. MUTRER *(Fragmentttm VI eomrnunui ruediortm Coqnmenta,tio,* 10) não era verdadeira, no sistema jurídico romano, nem no direito comum, nem no é hoje. A cumulação dos dois negócios jurídicos é no sentido de se reservar, de se *reter,* e não de se transferir e *obter. E* sse ponto é assaz importante e serviria de argumento a L. KIJHNAST *((Intersuehung des Begriffa der Grundschidd,* 59) se precisasse fundamentar a opinião de que a dedução apenas raspa, faticamente, o domínio.

Se os bens do adquirente *têm* de ser inalienáveis, ou de entrar em patrimônio de que não podem sair sem certas formalidades, ou assentimentos, ou consentimentos *(e.* g., do outro cônjuge), a concepção da dedução como alienação e, depois, constituição pelo adquirente criaria dificuldades enormes. No entanto, a concepção da alienação simultânea ou imediatamente posterior à constituição (aqui *in re propria,* embora instantaneamente) apresenta vantagens práticas. Não é de invocar-se qualquer lei que pele o ato de constituição do direito real limitado, porque não foi o adquirente do prédio que constituiu o direito real limitado (sobre isso, JOSEFA FREISEN, *Vorbehtdt von dinglichen Rechten,* 74 s.).

Outra conseqüência é a de não se poder considerar, no concurso de credores do adquirente do prédio, como ato de disposição dele, a constituição do direito real limitado (Código Civil, art. 1.555; Decreto-lei n. 7.661, de 21

de junho de 1945, arts.. 52 e 53). O alienante não tem o direito de separação, que antes se lhe atribuía, porque o seu direito real limitado não está na massa, de modo que se haja de pedir restituição do direito "arrecadado" (Decreto-lei n. 7.661, arte. 76-79). Por outro lado, não há pensar-se em direito de privilégio dos credores do deducente quanto aos direitos reais limitados que foram deduzidos (cf. A. F. J. TmBAUT, *Civilistisehe Áblurndlungen,* 318 5.; Uber Pfand-Separatisten, *Archiv flir die civilistiache Prazis,* 14, 235 s.; cp. C. O. VON

WACHTER, Ober das Verhãltniss des Pfandrechts, *Árchiv,* 14, 840 s.).

CAPITULO II

ESPÉCIES DE DIREITOS REAIS LIMITADOS

§ 2.l41. Destrições gerais

1.BENS MÓVEIS E BENS IMÓVEIS. Os direitos reais limitados sobre bens imóveis reputam-se bens imóveis, por força do art. 44, 1, do Código Civil, onde se diz: "consideram-Se imóveis, para os efeitos legais, os direitos reais sobre imóveis, inclusive o penhor agrícola, e as ações que os asseguram". Os direitos reais limitados sobre bens móveis consideram-se móveis, para os efeitos legais (art. 48, 1: "Os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes").

2.BENS CORPÓREOS E BENS INCORPÓREOS. - Os direitos reais limitados sobre bens corpóreos não são bens corpóreos: são, como os direitos reais limitados sobre bens incorpóreos, bens incorpóreos: o objeto deles são direitos, elementos da aproveitabilidade dos bens corpóreos. Os direitos reais limitados, se o bem, que é objeto deles, é corpóreo, são direitos sobre bem corpóreo, porém o direito mesmo não é corpóreo. A corporeidade, aí, concerne ao objeto, e não ao

direito.

§ 2.142. Distinções interiores ao conceito

1.POSIÇÃO DOS PROBLEMAS. Quando o legislador procura analisar os elementos, cuja detração lhe permita construir direitos reais limitados, logo percebe que a natureza desses está até certo ponto preestabelecida pelos elementos com que se lhes compõe o conteúdo. A distinção entre direitos sobre a substânela e direitos sobre o valor é demasiado larga para lhe dar as espécies que a técnica considere adequadas às exposições teóricas e práticas. Donde a necessidade de mais profunda investigação dos elementos.

2.DIREITOS *SOBRE,* A SUBSTÂNCIA E DIREITOS SOBRE O VALOR. Por definição, os direitos reais limitados não apanham todo o poder sobre a coisa, seja corpórea, seja incorpórea. Algo lhes escapa. Só abarcam poder menor que o do domínio. Deve-se ao direito romano a clareza com que se separaram direitos reais limitados e domínio. Por mais que os direitos reais limitados tirem ao domínio não o elidem. A comunhão *pra divisa,* tal como se observa na propriedade dos apartamentos, não é direito real limitado, é domínio. A propriedade das minas construiu-se como propriedade, e não como direito real limitado. O que se vê, portanto, é a dicotomia, em sua pureza conceptual.

Na concepção dos direitos reais limitados ressalta o cuidado com que se atendeu à natureza dos bens móveis e dos bens imóveis e assiste-se a toda a construção jurídica da propriedade sobre bens incorpóreos e dos direitos reais limitados sobre bens incorpóreos. Há pontos de interseção, como o usufruto, que fica entre as servidões, só atinentes a prédio, e os direitos reais limitados só relativos a bens móveis. O usufruto tanto recai em bens imóveis como em bens móveis.

A atenção maior, que se dispensava ao domínio, levou a distinguirem-se os direitos reais limitados em direitos sobre a substância, a *res,* e direitos sobre o valor: aqueles restringem o conteúdo do direito à coisa mesma, sem apagarem o domínio; esses captam algo do valor do bem móvel ou imóvel, sem que deixe de haver os direitos reais limitados que implicam posse e captação de algo do valor. Não há valor fixo para o usufruto, o uso ou a habitação, como há para a hipoteca, ou o penhor, ou a anticrese, ou a renda imobiliária. Elemento comum aos direitos reais limitados que recaem sobre a substância é a *posse;* mais: o *direito á posse,* que se confere ao titular. O

usufrutuário tem posse e pode usufruir por si, ou outorga a outrem a posse, percebendo o que constitui a contraprestação, ou gratuitamente a entregando. O usuário só tem o uso da coisa, como acontece ao titular do direito de habitação. O credor hipotecário não pode exigir a entrega da coisa, nem habitar a casa, ou nela entrar ou dela sair. Todavia, o direito criou figuras compósitas como a anticrese e o penhor.

À distinção entre direitos reais limitados que recaem na substância e direitos reais limitados que recaem sobre o valor não é de dar-se acolhida desatenta aos inconvenientes da expressão "substância". Às vêzes os juristas distinguem domínio e direitos reais limitados dizendo que esses não atingem a substância, exatamente porque, ainda quando consistam em retirada de produtos inorgânicos ou orgânicos, a *substantia* fica, o bem imóvel ou móvel em si. O que se subtrai ao domínio para a composição dos direitos reais limitados de enfiteuse, usufruto, uso e habitação é tão *exterior,* tão simples *usus,* que não fere, nem quebra, nem diminui aquela *substantia.*

Evidentemente, a distinção é ambígua, devido à ambiguídade da expressão *substantia.* Isso não basta para que se proscreva a dicotomia. Apenas se há de ter cuidado no emprego que acaso se lhe der, aqui e ali. Melhor seria que disséssemos haver direitos reais limitados sobre a coisa mesma e direitos reais limitados sobre o valor das coisas.

Atendendo ao papel do direito à posse e da própria posse, como poder láctico, o sistema jurídico considera o titular do direito real limitado sobre a substância da coisa possuidor, como quaisquer outros, desde que tenha o poder láctico. Como possuidor, tem as pretensões e as ações possessórias e pode mediatizar a sua posse imediata, se a natureza do direito não se opõe a isso. As servidões, por menos que tirem à posse do dono do prédio e aos outros titulares os dos direitos reais limitados sobre a substância, consistem em direito à posse e tem o titular delas a posse, se estabeleceu o seu poder láctico. Daí a posse do titular da servidão de luz, ou da servidão de águas que descem ao prédio dominante.

Se há posse de servidão, segundo os princípios, nos termos do art. 509,

2 a parte, há posse tutelável pelas ações

possessórias e, tratando-se de servidões aparentes, ou registro de servidão não-aparente, pode vir a ocorrer usucapião, conforme o art. 698. Esses assuntos serão oportunamente versados.

Ao lado dos direitos reais limitados, há figuras que não conseguiram tornar-se direitos reais limitados, mas, por tal modo se fortaleceram, que são como intercalares entre os direitos pessoais e os reais. É o que acontece com as locações rústicas e urbanas, em caso de registro segundo o Código Civil, art. 1.195, e os direitos oriundos de pré-contratos de compra-e-venda de lotes.

A construção das duas espécies acima como direitos reais limitados é difícil e exigiria revis geral dos princípios, o que se não justificaria por ser suficiente para o que se pretende, *de iure coMendo,* com tal criação de categoria jurídica a atribuição de eficácia *erga omnes.*

3.ESPÉCIES E "NUMEROS CLAUSUS". Através da evolução jurídica, foram-se caracterizando os direitos reais limitados, e na revelação deles como específicos refletiu-se a longa experiência de mais de dois milênios.

Teremos ensejo de ver como surgiram como categorias jurídicas indeformáveis e corno se explica a exaustividade da enumeração deles.

Diz o art. 674 do Código Civil: "São direitos reais, além de propriedade: 1. A enfiteuse. II. As servidões. IN. O

usufruto. IV. O uso. V. A habitação. VI. As rendas expressa-mente constituídas sobre imóveis. VII. O penhor.

VIN. A anticrese. IX. A hipoteca".

4.ÔNUS REAIS, CONCEITO Á PARTE. Há obrigações ligadas a direitos reais, principalmente a direitos reais sobre prédios. Fala-se, então, de ônus reais e de obrigações *propter rem.* De inicio, na investigação, o que se deve frisar é nada terem os deveres e obrigações *pra pter rem* com os deveres e obrigações que nascem por fora dos direitos reais, devido a *limites* ao conteúdo desses direitos. Os deveres oriundos dos arts. 554, 555, 557, 558, 559, 563, 564, 565, 567, 569-571, 572-588 (deveres correspondentes a direitos de vizinhança, que são *direitas limitativ* os) não são deveres *pro pter rem.*

Alguns autores consideram direitos reais os ônus reais. Se recai sobre o bem, em seu conceito, o ônus, o titular do direito à prestação é titular de direito real, como o credor hipotecário e o credor pignoratício. Mas tal argumento é frágil. Não se viu que entre o bem e a prestação está a propriedade ou posse do bem. Não se levou em

conta o sujeito passivo, que deve porque *está* com a propriedade, ou outro direito real, e a posse: com a transferência da propriedade, ou de outro direito real, ou da posse, não se exonera o devedor. Os ônus reais seguem o imóvel, ou o móvel, mas podem ser exigidos a um dos titulares e de ser exigidos a despeito da transferência do domínio ou do direito real limitado. Pense-se nas dívidas de impostos prediais. Assim, o que mais interessa saber-se é que o credor do ônus real pode exigir do proprietário atual do fundo as prestações vencidas e não pagas, podendo ou sem poder ir além do valor do bem (depende de lei especial), e pode abstrair do proprietário atual, *que vai deixar de ser,* e exercer a pretensão contra o proprietário que se lhe segue (o proprietário atual deixou de ser e proprietário atual é o adquirente). O ônus real é direito de crédito que consiste em direito a prestações ligadas ao bem, semelhantemente não identicamente ao direito hipotecário.

Semelhança não é identidade. Não se pode admitir a identificação, como está em OTTO WENDT (fie *Exceptio doU generalis* im heutigen Recht, *Archiv flir die civilistische Praxis,* 100, 400 s.) e JOSEF KORLER

(Pfandrechtliche Forschungen, 58 a.), V. SIMONCELLI (feila Enfiteusi, *Ii flir-itto civile itaUa no,* 1, 417) e VICENZO POLACCO *(te Obbflgazioni nel dirjito civile italiano,* 61). A prática das legislações que atribuíam ação hipotecária a certas dívidas concorreu para a confusão. Não há direito real de garantia nos ônus reais; há concentrabilidade da execução forçada e privilégio. Quando se favorece o credor com a execução em algum bem nem sempre se compõe direito real de garantia.

A renúncia liberatória pode existir, porém não é exercivel a *priori.* Depende da lei especial saber-se se, renunciando ao bem, o devedor se libera.

Tem-se de afastar tanto a) a concepção do ônus real corno direito real de gozo quanto l O a que o tem como direito real de garantia. *Á fortiari,* e) a concepção que nele vê direito misto (real-pessoal), *tertium genus,* que não existe (direito real de conteúdo pessoal), medievalismo imprudente, que aparece em A.DE LUCA (Gil *Oneri reaL e te Obbligazioni* oh rem, 34 s.; cp. C. PERRINI, Obbligazioni, *Enciclopedia giuridica italiana,* 384 e 886).

O ônus real não é real, como os direitos reais limitados, porque grava o bem, mas apenas porque se liga à titularidade da propriedade ou dos direitos reais limitados ou da posse, para que dificilmente possam ser frustrados os adimplementos (~ para que mais facilmente e

eficientemente se executem as *dividas)*. *t* um dos expedientes com que a lei galardoa os credores. Não se confunda êsse expediente com a constituição de garantia: se o Estado, em vez de cobrar os impostos prediais, obtém hipoteca para garantia dos pagamentos, de modo nenhum lança mão de *bis in idem.* O expediente de direito público não é diferente daquele com que, nos séculos passados, o senhor tornava mais eficiente a exigência de serviços, de obras e de frutos.

Parte II. Aquisição, transmissão e extinção dos direitos reais limitados
AQUISIÇÃO DOS DIREITOS REAIS LIMITADOS

§ 2.143. Restrição inicial à propriedade

1.REGRAS JURÍDICAS GERAIS E ESPECIAIS. A aquisição dos direitos reais limitados, em geral, ou é em virtude de negócio jurídico entre vivos ou a causa de morte, ou em virtude de transmissão a causa de morte, ou por força de lei, ou de divisão ou partilha, ou de execução forçada.

No Código Civil, inseriram-se regras jurídicas gerais sobre a aquisição por atos jurídicos entre vivos, no tocante a bens móveis e no tocante a bens imóveis, mas enganar-se-ia quem atribuisse rigidez e inexceptuabilidade a essas regras jurídicas gerais. Em verdade, elas apenas puseram por princípio que a tradição é elemento necessário ao suporte táctico da aquisição dos direitos reais limitados sobre bens móveis e que os direitos reais limitados, constituídos entre vivos, dependem, em principio, da formalidade registrária no registro de imóveis.

2.CÓDIGO CIVIL, ARTS. 676 E 675. a) Diz o art. 676 do Código Civil: “Os direitos reais sobre imóveis constituídos,ou transmitidos por atos entre vivos só se adquirem depois da transcrição, ou da inscrição, no registro de imóveis, dos referidos títulos (arts.. 530, n. 1, e 856), salvo os casos expressos neste Código”. Os direitos reais limitados sobre bens imóveis a enfiteuse, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, as rendas constituídas sobre imóveis, a anticrese e a hipoteca.Entre vivos, qualquer deles, exceto as servidões aparentes (art.698), não se constituem sem registro. O usufruto resultante de direito de família não depende de registro (arE 715) ; a hipoteca legal só tem eficácia contra terceiros com a inscrição e especialização (arts. 828, 830, 831, 838; 846 e 848; Código de Processo Civil, arts. 697-703).

b) Diz o art. 675 do Código Civil: “Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição (art. 620) “. Direitos limitados reais (sobre bens móveis são o usufruto (art. 714, *verbis* “em um ou mais bens, móveis ou imóveis”), o uso (art. 745), o penhor, a hipoteca de navios (art. 810, VII; Decreto n. 15.788, de 8 de novembro de 1922, arts. 1.25)) e a de aeronaves (Decreto-lei n.

483, de 6 de junho de 1980, arts.. 187-146).

§ 2.144. Aquisição após a constituição

1.TRANSMISSIBILIDADE E INTRANSMISSIBILIDADE. Nem todos os direitos reais limitados são transmissíveis a causa de morte ou entre vivos: o usufruto não no é (Código Civil, art. 717), salvo ao proprietário; nem o uso (art. 745), nem a implantação (art. 748). Nada obsta ao fideicomisso de usufruto, ou do uso, ou da habitação (arts. 1.733-1.740), porém, aí, não há transmissão do fiduciário ao fideicomissário: o usufruto, o uso ou a habitação foi constituído a causa de morte, a favor do fiduciário e a favor do fideicomissário, com a cisão no tempo.

2. TRANSFERÊNCIA AO PROPRIETÁRIO. O art. 717 do Código Civil diz que o usufruto só se pode transferir, por alienação, ao proprietário. A perplexidade dos comentadores diante do art. 717 resulta de se ter pensado que a aquisição do usufruto pelo proprietário teria tanto efeito quanto a renúncia a êle pelo usufrutuário: consolidar-se-ia a propriedade, em virtude do *principio da elasticidade da propriedade* (Tomos V, § 570, 8, XI, §§ 1.166, 1.167, 3, 7). A renúncia tem a conseqüência necessária da consolidação; a alienação, nem sempre:

a) se o bem é enfitêutico, gravado de usufruto, a renúncia ao usufruto aproveita ao enfiteuta; a transferência ao senhorio dá-lhe direito real limitado sobre coisa sua, sujeita a enfiteuse; *b)* se o bem não é enfitêutico, a renúncia tem a conseqüência necessária da consolidação, a favor do dono; a alienação a êsse somente importa em consolidar-se o domínio se o quer o adquirente. O uso e a habitação são intransmissíveis.

1

§ 2.145. Efeitos das transmissões de domínio

1.DIREITOS REAIS LIMITADOS E TRANSMISSÂO DO DOMÍNIO.

Lê-se no art. 677 do Código Civil: “Os direitos reais passam com o imóvel para o domínio do adquirente”. Diz, ainda, o parágrafo único: “O ônus dos impostos sobre prédios transmite-se aos adquirentes, salvo constando da escritura as certidões do recebimento, pelo fisco, dos impostos devidos e, em caso de venda em praça, até o equivalente do preço de arrematação”.

Para se entender o art. 677 do Código Civil, tem-se de considerar que se redigiu regra jurídica sobre a transmissão dos gravames: o adquirente do domínio suporta os direitos reais limitados que gravavam o bem.

Quem adquire a propriedade móvel empenhada adquire-a detrato o penhor. Quem adquire o prédio hipotecado ou sujeito a servidão adquire-o com a hipoteca ou a servidão.

2. IMPOSTOS E TAXAS. Quanto aos impostos e taxas, não só os impostos, e quanto às próprias contribuições de melhoria, transmite-se a dívida àqueles que adquirem o bem sujeito a eles, salvo se da escritura consta a certidão do recebimento pelo Estado, ou por pessoa a quem deva, por lei, ser paga a taxa ou a contribuição de melhoria.

No art. 677, parágrafo único, □

2 a parte, diz-se que o adquirente em praça suporta a responsabilidade até o equivalente do preço da arrematação. Supõe-se, aí, que nada tenha ficado explícito quanto à relação entre o preço da arrematação e os impostos, taxas e contribuições de melhoria que sejam devidos. Se foi dito, por exemplo, que o prédio está sujeito aos impostos atrasados tais, ou às taxas atrasadas tais, ou às contribuições atrasadas tais, o art. 677, parágrafo único, 2. parte, não incide. Se o preço foi oferecido sem se ter dado a conhecer o que se devia, então é o caso do art. 677, parágrafo único, 2.8 parte, e o arrematante entrega o preço da arrematação, que responde pela dívida tributária. Ao art. 677, parágrafo único, prende-se o art. 1.137.

No Decreto n. 22.866, de 28 de junho de 1938, o art. 1.0 estabelece: “Os impostos e taxas devidos à Fazenda Pública, em qualquer tempo, são pagos preferencialmente a quaisquer outros créditos, seja qual fOr a sua natureza”. E o art. 1.0, parágrafo único: “Pelo pagamento respondem todos os bens do devedor, do seu espólio ou massa falida, ainda quando gravados por ônus reais, que não poderão obstar o

processo executivo para a respectiva cobrança". No art. 29, acrescentou-se:

Consideram-se feitas em fraude da Fazenda Pública as alienações ou seu começo, realizadas pelo contribuinte em débito". Tais regras jurídicas não atingem o art. 677, parágrafo único. Todavia, o art. 2.0 do Decreto n.

22.866 faz suscitar-se a questão de se tratar de *fraus legis* ou de *fraus creditoris.* Mais: a decisão, que diz ter sido em fraude à Fazenda Pública a alienação, somente tem a eficácia de sujeitar o bem alienado aos tributos devidos, ou é nula por *fraudem legis* a alienação mesma? Não se trata de fraude a credor, nem de fraude à lei.

Mas sim de fraude à execução, a semelhança do que se passa no tocante à incidência do art. 895 do Código de Processo Civil. Se o contribuinte está em débito, a execução vai contra êle e contra o adqüirente, salvo se. há as certidões, constantes da escritura, refeites à quitação, caso em que qualquer divida que apareça, oriunda de lapso da repartição arrecadadora, somente se pode cobrar ao alienante, herdeiros ou massa falida. Na espécie do art. 5"?, parágrafo único, 2. parte, o art. 2.0 do Decreto n. 22.866, de 28 de junho de 1988, não incide: a alienação foi em praça e o preço, que se -obteve, é que responde pelos impostos, taxas e contribuições, ficando responsável pelo restante o alienante que pediu a praça, não atenda-se a isso o que foi executado forçadamente.

CAPÍTULO II

CONCORRÊNCIA DE DIREITOS REAIS LIMITADOS

§ 2.146. Pluralidade de direitos reais limitados

1.DOMÍNIO, DIREITOS REAIS LIMITADOS E PLURALIDADE DE DIREITOS REAIS. Se há direitos reais limitados, necessariamente se restringiu o domínio, pois que se lhe detraíu algum elemento. Se, em vez disso, há dois ou mais direitos. reais limitados, dá-se concorrência, ainda que os dois ou mais não sejam da mesma espécie. Se o enfiteuta hipoteca o direito enfitêutico, a hipoteca detrai, não concorre; bem assim quando o enfiteuta constitui usufruto, uso, habitação, anticrese, ou renda imobiliária. Porque o elemento ou elementos do conteúdo da enfiteuse é que saem para se constituir o direito real limitado, o que não se passa quando dois ou mais direitos reais limitados concorrem.

2.DIREITOS REAIS LIMITADOS SOBRE DIREITOS REAIS LIMITADOS. O sistema jurídico brasileiro conhece a caução de crédito hipotecário e a caução de crédito pignoratício (Decreto n. 24.778, de 14 de julho de 1934, art. 1.0: "Podem ser objeto de penhor os créditos garantidos por hipoteca ou penhor, os quais, para êsse efeito, considerar-se-ão coisa móvel"). Tais direitos reais limitados recaem em direitos reais limitados: há penhor do crédito hipotecário ou do(crédito pignoratício, isto é, direito real limitado sobre direito real limitado (direito sobre direito). Tais penhOres têm de ser devidamente inscritos, se recaem sobre créditos hipotecários, à semelhança do que se passa com os penhOres de máquinas e aparelhos utilizados nas indústrias (Decreto n.

4.857, de 9 de setembro de 1939, art. 178, a), V e VIN), no Registro de Imóveis, ou, se sobre créditos pignora ticios, transcritos no Registro de Títulos e Documentos (Decreto n. 4.357, art. 134, a), II). Se há dois ou mais penhOres. *(e.* g., B a favor de quem se fêz hipoteca empenha o crédito hipotecário a C e depois a D e a E), o grau é dado pelo registro, ainda que o penhor a favor de o tenha sido anterior ao penhor a favor de D, ou de E, que o registrou primeiro.

(Que é que se empenha quando se constitui o direito real de garantia de que cogita o art 1.0 do Decreto n.

24.778, de 14 de julho de 1934? O art. 1.0 diz que "podem ser objeto de penhor os créditos garantidos por hipoteca ou penhor"? Portanto, o que se empenhou foi o crédito *mais* a garantia hipotecária ou pignoratícia.) A entrega do objeto empenhado ao credor pignoratício. sobre crédito pignoraticio não o transforma em penhor sobre. coisa corpórea, nem basta para que o penhor tenha eficácia. *erga omites.*

Não só há o penhor de créditos hipotecários e pignoratícios. O art. 790 do Código Civil cogita da caução de títulos de crédito pessoal, nominativos (art. 789) ou não (cf. art. 791).

§ 2.14?. Graus dos direitos reais imobiliários

1. "PRIOR TEMPORE, POTIOR FURE". De regra, os créditos são tratados igualmente, a cada momento da vida dos devedores. Os direitos reais e os créditos privilegiados abrem exceção ao *principio do igual* trato *das dívidas.* Intervém, a favor dos direitos reais, a eficácia real, especifica, e entre eles há o principio *Prior teinpore potior iure:* os direitos, dos maia antigos aos mais novos, têm o seu grau. O sistema registrário entregou tal marcação de prioridades ao registro: a ordem

consecutiva dos registros é que as determina. Mas a ordem consecutiva é a das *anotações* no protocolo, salvo se houve o que se prevê nos arts.. 206 e 208 do Decreto n. 4.857; e não a das *inscrições*. De modo que não há correspondência necessária.

entre os números das inscrições, ou as datas dos negócios jurídicos, e os números das preenotações, que, em princípio, dizem quais as prioridades. Disse o art. 883: "As inscrições e averbações, nos livros de hipotecas, seguirão a ordem em que forem requeridas, verificando-se ela pela da sua numeração sucessiva no protocolo". E o parágrafo único: "O número de ordem determina a prioridade, e esta a preferência entre as hipotecas". O art. 263 do Decreto n. 4.857, estatui: "A prioridade das hipotecas convencionais, legais ou judiciárias, todas especiais ou especializadas, será exclusivamente regulada pelo número de ordem do protocolo, ressalvadas as hipóteses dos arts. 206 e 208". O grau é, pois, determinado pela ordem consecutiva das anotações, ainda que o direito só haja nascido depois, inclusive se a acordo nulo sobreveio acordo válido, ou se a condição só se impeliu depois da prenotação. As duas exceções, a que se refere o art. 263, são concernentes: a) à apresentação de segunda (ou posterior) hipoteca antes da primeira (ou uma das anteriores), espécie em que há a espera de trinta dias, dando-se ensanchas à anterior de manter o seu grau (Código Civil, art. 837: "Quando, antes de inscrita a primeira, se apresentar ao oficial do registro, para inscrever, segunda hipoteca, sobrestará êle na inscrição desta, depois de a prenotar, até trinta dias, acordo que o interessado inscreva primeiro a precedente"; Decreto n. 4.857, art. 206,

□a alíneas: "Se fOr apresentado título de

1~a e 2

segunda hipoteca, com referência expressa à existência de outra anterior, depois de prenotá-lo, esperará trinta dias que o interessado na outra promova o registro, com a devida preferência. Esgotado êsse prazo, que correrá da data da apresentação, sem que apareça o primeiro titulo, o segundo será registrado e obterá preferência sobre aquele") ; b) à discordância entre as datas dos negócios jurídicos e a das apresentações, ou da apresentação (Código Civil, art. 836: "Não se inscreverão no mesmo dia duas hipotecas, ou uma hipoteca e outro direito real, sobre o mesmo imóvel, em favor de pessoas diversas, salvo determinando-se precisamente a hora, em que se lavrou cada uma das escrituras"; Decreto n. 4.857, art. 208: "Se as escrituras forem de dias diversos, prevalecerá, quando apresentadas no mesmo dia, a que primeiro foi lavrada; quando não, prevalecerá o dia da

apresentação, salvo o caso do art. 206").

2.DATA DOS DIREITOS REAIS. Os direitos reais, de diferentes categorias, que recaem sobre bem imóvel, têm a data do dia em que foram registrados, segundo os princípios dos arts.. 833, parágrafo único, 886 *(verbis*

"uma hipoteca e outro direito real"), 837 e 848. Se foi obtida inscrição antes do acordo, a superveniência do acordo enche o registro, com o grau que a anotação ou a inscrição (Decreto n. 4.857, art. 206) marcou.

Quanto aos direitos sobre direito real, *e.* g., crédito hipotecário que assegura empréstimo, há de respeitar-se a ordem consecutiva das *averbações,* pois os penhores de créditos garantidos por hipoteca hão de ser *averbados* no registro da hipoteca, para que se encubra a eficácia de fé pública do registro. O Decreto n. 24.778, de 14 de julho de 1934, apenas estabeleceu que "podem ser objeto de penhor os créditos garantidos por hipoteca ou penhor, os quais, para êsse efeito", se consideram "coisa móvel" (art. 1.0), e que o credor pignoratício poderá levar à praça os créditos dados em garantia, ou executá-los diretamente, para seu pagamento" (art. 2.0). Mas isso "afeta o registro", no sentido do art. 285 do Decreto n. 4.857. Faz-se a transcrição no registro de títulos e documentos (Decreto n. 4.857, art. 134, a), 1, e parágrafo único) e leva-se a certidão para a averbação no registro da hipoteca.

8.DIREITO DE GRAU. Discute-se se o grau, a prioridade, é restrição ao objeto do gravame, que apenas determina como se há de parcelar o valor para se atender ao direito real (teoria das parcelas de valor, *Y/ ertparzellentheorie),* ou se não há qualquer parcelação. A primeira teoria germanizou demasiado: tem contra si que o próprio direito prussiano não acolheu o principio germânico das parcelas de valor, a despeito de algumas sobrevivências esporádicas na Áustria, na Suíça e em alguns direitos particulares alemães. A cada credor hipotecário corresponde toda a coisa, tal como em direito romano: se extingue uma hipoteca, as posteriores avançam, podendo-se dar, devido ao registro, que, extinto o crédito, não se extinga a hipoteca, se não se procedeu ao cancelamento por averbação (art. 850: "A extinção da hipoteca só começa a ter efeito contra terceiros depois de averbada no respectivo registro"); se é decretada a nulidade ou anulação da hipoteca, as posteriores avançam. Tão-pouco é de admitir-se que exista *direito de grau* independente do direito real; nem, sequer, de

direito incluido no direito que se registrou (ou de qualidade do direito, como queriam A. VON

TUER, *Der AU gemeine Teil,* 1, 286, e H. WALSMANN, *Der Verzieht,* 88 B.). Nada tem o grau com o conteúdo (H. C. HIRsdH, *Die Obertragung der Rechtsausiibung,* 1, 85): conteúdo do direito é uma côisa; grau é outra. Quem se acha no degrau da escada não passa ser o que é + o degrau; nem o degrau, em que se acha, é qualidade sua. Apenas se trata de relação espácio-temporal ou entre pessoas, ou entre direitos que recaem sobre o mesmo imóvel, registrados e concorrentes. A maior importância ressalta na execução forçada.

Admitido que existe *direito de grau,* dependente de direito real, tem-se de discutir se é real, ou pessoal com efeitos *erga. omites,* e se é cessível. Em 1907, WEGE (Verhãltnisse, .*Therings Jakrb&her,* 51, 41) sustentou ser real, mas frisou (43) que o bem econômico, resultante de tal direito, é autônomo *(res)* e pois pode ser cedido.

Os direitos não mudam de posição; o que se dá é que se cede o direito de prioridade. Mas, logicamente, tal cessão é geradora de direito pessoal, que se averba para a eficácia *erga omnes.* Não se há de concluir, somente por isso, como WEGE, que o direito é *real.* A razão é outra (§ 2.148, 5).

Temos de considerar, especialmente, os arte. 206 e 208 do Decreto n. 4.857, a que o art. 268 se refere. Dão eles soluções técnicas a dois problemas que exsurgem, um, da discordância. entre os graus convencionados e a apresentação, e outro, da discordância entre as datas dos negócios jurídicos e a apresentação. A primeira foi no sentido de se respeitar, quanto. possível (espera de trinta dias), a declaração de vontade sobre grau; a segunda trifurca-se: se as escrituras são de dias diferentes, prevalece (salva a espécie do art. 206 do Decreto n. 4.857) a que foi primeiro apresentada; se do mesmo dia e horas diferentes, mas apresentadas no mesmo dia, a que foi lavrada em primeiro lugar; se do mesmo dia e da mesma hora (Decreto n. 4.857, art. 209), só se protocola a que foi apresentada primeiro e a outra só será protocolada no dia seguinte (dia útil imediato). Resta saber qual a natureza das três regras jurídicas do Decreto n. 4.857, arts. 206 (Código Civil, art. 837), 208 (Código Civil, art.

836) e 209 (Código Civil, art. 836).

4.APRESENTAÇÃO E TEOR DO INSTRUMENTO NEGOCIAL. No art. 837 (Decreto n. 4.857, art. 206), o Código Civil diz: “Quando, antes de

inscrita a primeira, se apresentar ao oficial do registro, para inscrever, segunda hipoteca, sobrestará ele na inscrição desta, depois de a prenotar, até trinta dias, acordo que o interessado inscreva primeiro a precedente". A regra jurídica do art. 837 somente concerne àqueles casos em que consta da própria escritura que a hipoteca é segunda, ou terceira, e a anterior ainda não foi apresentada. O

oficial do registro prenota-a; não na inscreve, e espera, trinta dias, a inscrição da primeira. Findo êsse prazo, a hipoteca, dita posterior, mas apresentada em primeiro lugar, é inscrita, e tem-se por primeira hipoteca. O

princípio da prioridade pelo registro fica salvo; de modo que o registro é que importa, e não o negócio jurídico que se registra. Já o Projeto de COELHO RODRIGUES, art. 1.781, o estabelecia. O problema mais delicado, que êsse art. 837 levanta, é o de se saber até onde pode ir, aí, a vontade dos figurantes, isto é, quais os limites que o art. 837 traça à autonomia privada. Ou a) a regra jurídica apenas cria o prazo de trinta dias como preclusivo da prioridade, por se entender que a menção do grau não foi absoluta (regra jurídica de interpretação do negócio jurídico, com repercussão no direito formal e material do registro), ou *b)* foi medida extrema, para que tudo se sacrificasse à ordem consecutiva das datas do registro. A solução verdadeira é a). As regras jurídicas sobre graus são regras jurídicas *dÁs positivas.* Os interessados podem estabelecer grau diferente ao direito, de modo que não seja o que resultaria, necessariamente, da ordem consecutiva das inscrições, ou da anotação segundo o art. 206 do Decreto n. 4.856 (Código Civil, art. 837), ou da data do negócio jurídico segundo o art. 208 do Decreto n. 4.837 (Código Civil, art. 836). Devido ao art. 837 (Decreto n. 4.856, art. 206), tem-se de esperar que o credor da hipoteca anterior se apresente, nos trinta dias. Todavia, a incidência do art.

837 pode ser afastada; também Me é *dispositivo.*

Porque o art. 833, parágrafo único, é dispositivo, e não cogente, podem os interessados estipular: a) que duas ou mais hipotecas tenham o mesmo grau; *b)* que a despeito do art. 837 do Código Civil (Decreto n. 4.857, art.

206), a primeira hipoteca (ou a hipoteca anterior) não perca, com a apresentação da segunda (ou da posterior) antes dela, a prioridade. O acordo 74 pode ser inserto no negócio jurídico constitutivo como unidade formal e material, ou ser inscrito como negócio jurídico À" à parte, caso em que apenas se adianta declaração de vontade (unidade

material). Praticamente, se os interessados querem evitar que o art. 837 incida, têm de dizê-lo na segunda (ou posterior) escritura: *e. g.,* "não incidindo o art. 837", "mantida a prioridade da primeira (ou anterior) hipoteca, ainda que o credor, a que ela se refere, só apresente a registro a escritura depois dessa".

A técnica jurídica conhece a *reserva de grau,* expediente pelo qual o dono do prédio faz primeira hipoteca a favor de si mesmo, para que, obtendo dinheiro com a segunda, lhe fique a primeira hipoteca para ulterior necessidade de numerário. O dono do terreno hipoteca-o a si mesmo, faz e edifício com o dinheiro que obteve com a segunda hipoteca, e pode ceder o crédito contra si mesmo, com a hipoteca. O velho direito prussiano, que tanto nos inspirou em matéria de registro e de hipoteca, não vacilou, na falta de texto legal, em admitir a reserva de grau *(1? angvorbe halt,* cf. H. DERNBURG, *Lehrbuoh des .Preussisehen Privatrechts,* , 5. ed., 842).

5.APRESENTAÇÂO NO MESMO DIA E PLURALIDADE DE NEGÓCIOS JURÍDICOS. Depois de ter estabelecido o princípio da prioridade pela ordem consecutiva das inscrições (art. 833, parágrafo único), o Código Civil considerou a hipótese de duas ou mais hipóteses, apresentadas no mesmo dia, tendo-se precisado a hora em que se lavrou cada uma das escrituras, e a hipótese de duas ou mais hipotecas, apresentadas no mesmo dia, sem se precisar a hora em que se lavrou cada uma das escrituras (art. 836): "Não se inscreverão no mesmo dia duas hipotecas, ou uma hipoteca e outro direito real, sobre o mesmo imóvel, em favor de pessoas diversas, salvo determinando-se precisamente a hora, em que se lavrou cada uma das escrituras". As duas regras jurídicas dos arts. 208 e 209 do Decreto n. 4.857 apenas explicitam o art. 836 do Código Civil: "Se fOrem do mesmo dia e sem referência a hora, a que for apresentada depois só será protocolada no dia imediato" (art. 209) "Se as escrituras fOrem de dias diversos, prevalecerá, quando apresentadas no mesmo dia, a que primeiro foi lavrada; quando não, prevalecerá o dia da apresentação, salvo o caso do art. 206" (art. 208). O

problema da autonomia privada ressurge. Podem os interessados, no caso de pluralidade de escrituras, o mesmo dia e sem referência à hora, estabelecer que a protocolização se faça no mesmo dia? O efeito de tal cláusula seria o de pertencerem ao mesmo grau, como se só de uma hipoteca se tratasse, as hipotecas apresentadas. O

art. 209 é dispositivo, como o é, a despeito da sua redação enérgica, e art. 836 do Código Civil. Além disso, podem os interessados estipular

quanto à ordem em que se protocolizarão as escrituras de dias diversos, se apresentadas no mesmo dia. Também o art. 208 é dispositivo. Não se invoque contra isso o art. 207 do Decreto n. 4.857, que diz: "Não serão registrados, no mesmo dia, direitos reais contraditórios sobre o mesmo imóvel, salvo se ambas as escrituras, do mesmo dia, determinarem a hora de sua lavratura, prevalecendo, neste caso, a que tiver sido lavrada em primeiro lugar, ou ficarão em pé de igualdade se coincidirem". Há regra jurídica cogente no art. 207, 1.8 parte, que é a de não serem registráveis, no mesmo dia, direitos reais *contraditórios* sobre o mesmo imóvel. Duas hipotecas, ou mais de duas, que forem apresentadas no mesmo dia, não contêm declarações de vontade contraditórias, de que resultassem direitos incompossíveis; exatamente por isso, a 2.ê parte do art. 207 previu a diferença de hora da lavratura, com prioridade para escritura lavrada em primeiro lugar, e a mesma idade da hora, caso em que "ficaria em pé de igualdade". Os interessados em que se precise a prioridade segundo a vontade própria têm de ser explícitos, para que possa o oficial de registro deixar de observar o art. 208, ou o art. 209.

6.CANCELAMENTOS E AQUISIÇÕES DE DIREITO ANTES DO ATO DESCONSTITUTIVO. Os direitos que foram cancelados injustamente não são protegidos contra os que confiaram na exatidão do registro.

Portanto, os que adquirirem direitos reais após a cancelação retificável gozam da tutela da fé pública. Para que se *encubra* a eficácia de fé pública, é preciso que se inicie a ação de retificação e se proceda à inscrição provisional de que fala o art. 227 do Decreto n. 4.857, ou que tenha havido a inscrição preventiva do art. 178, a), VII, do Decreto n. 4.857. Se A hipotecou o prédio a B, a O e a D, e foi cancelada a hipoteca a favor de B, depois da inscrição da hipoteca de C e antes da inscrição da hipoteca de D, a retificação do registro sOmente pode fazer prevalecer a hipoteca a favor de B como anterior,

4.em se tratando de C; quanto à hipoteca em favor de D, não:porque D tem por si a fé pública do registro (cf. E.

STROHAL, *Relative Unwirksamlteit,* 37; M. BREIT, *Der Grundbuchrang,* 108 s.). Se, porém, houve a inscrição provisional do art. 227do Decreto n. 4.837, ou a do art. 178, a), VII, do mesmo De-creto n. 4.857, antes de D

obter a prenotação da sua hipoteca,encoberta ficou a eficácia de fé pública e a decisão favorável,a respeito de E, restabelecerá a prioridade da hipoteca injustamente cancelada. Se não houve qualquer

das tais inscrições,o crédito de D é posterior em relação a C e anterior em relação a B; donde: a) sendo a soma das hipotecas 7x (E, 2x; O,3x; D, lx), sobre o preço alcançado na hasta pública, que foi Sx, D nada recebe, porque O recebe os 3x (grau de D relativoa O), devendo repartir-se 3x entre B e C, isto é, indo 2z a Be o restante, lx, a O; *b)* se o preço alcançado foi 4x, D recebeu, O recebe 2x e E lx, porque C sOmente podia ser precedido por *2z*.

§ 2.148. Modificação de grau

1.GRAU DE PREFERÊNCIA. Já vimos que o grau nada mais é do que a relação espácio-temporal em que um direito se acha com outros direitos. A preferência, que daí resulta, no plano da satisfação dos direitos, provém de que o direito se situa, espácio-temporalmente, segundo o seu grau. Não se diga, porém, que é parte do conteúdo *do direito* (sem razão, MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* IN, 116). t verdade que se pode modificar o grau, mas tal modificação não é mudança de conteúdo: a mudança de posição da pedra não lhe muda o conteúdo. O assunto é um dos mais delicados do direito. Constituindo o direito real limitado, o dono do bem móvel ou imóvel *restrin* giu, quanto ao exercício, o conteúdo do direito de propriedade, não no diminuiu, não o limitou. Não se passa o mesmo, porém, quando o direito real limitado toma o ~eu grau, ou quando lho modificam os figurantes do negócio jurídico de que resulta o direito real limitado, ou o faz o próprio titular do direito real limitado. O direito ao grau de modo nenhum detraíu ao domínio, nem a seu exercício. Tudo se passa fora da relação jurídica de domínio: entre relações jurídicas concernentes a direitos reais limitados que têm de graduar-se. Os juristas não têm prestado a devida atenção a êsse ponto: a detracção ocorre quanto à criação do direito real limitado; não, quanto à sua graduação. Rigorosamente, é indiferente para o domínio que os direitos reais limitados a, *b, e* e *d* estejam na ordem *abcd,* ou na ordem *bacd,* ou na ordem *cabc,* ou qualquer outra. Importar-lhe-ia que algum deles, ou alguns, ou todos *rido existissem,* não a ordem em que existem (cp., por exemplo, se bem que todos os juristas, que saibamos, ao tratarem do assunto, se hajam iludido, H. NEUMANN, *Hctndwusgabe,* II, 5. ed., 686; e HEINRICH STRAUSS, *Der Rangvorbehatt,* 15). O

conteúdo do domínio nem sofre limitação, nem restrição, com qualquer acontecimento que concerne a grau: o grau é fato entre direitos reais limitados, e não entre domínio e direito real limitado. Esse erro, que, conforme dissemos, é geral, toma cores vivas em 3. BIERMANN *(Sachenrecht,* □

2 a ed., 60), E. FUCES *(Grundbuehrecht,*

1, 101), G. PLANCI(*(Kommentar,* fl[, 4~& ed., 168 s.) e tantos outros. Somente H. SERINI *(Rangvorbelutlt und Zwischenhljtpothek,* 38 s.) se aproximou da verdade, que aqui expomos, mas apenas para dizer que o grau não é mais do que a nota no registro, o que também é falso.

Deve-se, *de iure condendo,* admitir a mudança de grau *(e.* g., fazer a segunda hipoteca passar a ser primeira), ou é de se tratar a ordem consecutiva das inscrições como intangível? j Há, no direito brasileiro, a possibilidade da mudança de grau, ou, para a hipoteca posterior ser considerada primeira, se tem de cancelar a anterior e inscrever-se de nôvo? Desde já observemos que o cancelamento da anterior e o novo registro podem não executar a operação de troca de grau que os interessados querem; *e. g.,* se há outra ou outras hipotecas posteriores àquela que passaria a ser anterior à que se cancela.

De iure condendo, a inatingibilidade do registro, no tocante aos graus, foi princípio do direito prussiano que se superou. Todos os argumentos contrários são argumentos concernentes à eficácia da operação de troca de graus, que poderia ir contra direitos de terceiros; mas tais argumentos são nenhuns, pois a isso se obvia com a exigência do assentimento de todos os interessados e a eficácia relativa da operação.

De iure condito, a exceção que o art. 887 abre ao princípio da prioridade das anotações e o fato de serem dispositivos os arts.. 836, 837 e o próprio art. 833, parágrafo único, bastam a que não se negue a modificabilidade de grau, tanto mais quanto se prevê a averbação das mudanças oriundas de "circunstâncias que, por qualquer modo, afetem o registro" (Decreto n. 4.856, .art. 285, parágrafo único), e "outras ocorrências, que, por qualquer modo, alterarem o registro" (art. 286).

2. CESSÃO DO DIREITO DE GRAU. A modificação de grau .4 cessão do direito de grau; tal direito não é contido no direito imobiliário, que haja de retroceder de posto *(aliter, O.* PLANCK, K *ommentar,* IN, □

4 a ed.,

159; O. GIEEXE, *Deutaches Frivatrecht,* II, 323, nota 91); nem há pensar-se em modificação de conteúdo *(aliter, A.* VON TURR, *Der Allgerneine TeU,* 1, 236 s.; 11. WALSMANN, *Der Verztch,* 88). O grau é um bem da vida, autônomo (WEGE, Verhãltnisse, *Jherings Jahrbiicher,* 51, .43 e.) ; pode ceder-se. A cessibilidade do direito ao grau, inclusive

a permuta, é fato rico de conseqüências.

Pode-se acordo quanto à mudança de grau, se um dos direitos, o que se cede, já consta do registro *(aliter,* se ainda não consta, 3. Bmnçann, *Sachenrecht,* 77; O. PLANCK, *Kommerttar,* IN, 4~s ed., 161; sem razão: H.

DERNEURO, *Das BiirgerUclte Recht,* IN, 715, nota 12; L. ROSENEERG, *Sachenrecht,* 261): a mudança opera-se com a inscrição do segundo direito.

Se o grau resulta da lei, ou surgiu em virtude de execução forçada, ou de qualquer outra causa que não seja negocial, não há mudança possível.

3.INSCRIÇÕES PREVENTIVAS E AVERBAÇÕES. As regras jurídicas concernentes a mudanças de grau podem ser invocadas para as mudanças de inscrições preventivas e averbações que estabeleçam prioridade (O.

PLANCK, *KommefltÉ‟lr,* IN, 160 a.; *3.* BIERMANN, *Sachenrecht,* 77; L. ROSENRERO, *&whenrecht,* 259 s.).

Entre direito que precisa ser registrado e direito que de registro não precisa nenhuma modificação de grau éadmissível (O. PLANCK, *Kommeut ar,* IN; L. ROSENEERO, *Saehenreckt,* 260). Não há mudança possível entre cláusulas de restrição de poder (inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade) ou entre inscrições provisionais do art. 227 do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939 *(aliter,* entre InscriçÕes preventivas, Decreto n. 4.857, art. 178, a), VI e VII).

4.TITULO, AVERBAÇÃO E MODIFICAÇÃO DE GRAU.

(a) A modificação de grau exige, de regra, o *acordo* de direito das coisas, entre o titular, que retrocede, e o titular, que avança, e a *averbação* respectiva. Discute-se se, sondo o titular dos dois direitos o mesmo, pode ele, por declaração unilateral de vontade, dirigida ao oficial do registro, obter a modificação. A favor da afirmativa há o argumento de que, sendo o direito de grau direito autônomo, não importa a favor de quem se dispõe dele (J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 78; L. RoSENBERG, *Sachenrecht,* 263; O. GtITHE, *Die*

Grundbuchordnung,

□

3 a ed., 958, nota 35; A. VON TURE, *Der Aligemeine TeU,* II, 204; MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* IN, 116).

Contra, O. PLANCI(*(Kommentar,* 4. ed., 161), que alegou não se tratar de mudança de conteúdo, nem de haver cessão dos direitos registrados. Mas, se, no direito alemão, são frágeis os argumentos, no direito brasileiro são fragílimos. Se há direito distinto e cessível, não importa a quem se ceda. Nem qual o negócio jurídico de disposição.

(b) Têm de assentir as pessoas que seriam prejudicadas com a modificação. Todavia, se, sem o assentimento, se averba, a averbação vale; apenas será *relativamente ineficaz* (MARTIN WOLFF, *Lehrbueh,* IN, 117). Se se trata de hipoteca, ou anticrese, ou de renda constitúida sobre imóveis, é preciso que o proprietário do bem assinta, inclusive se trata de partilha de crédito com garantia de diferentes hipotecas, ou anticreses: o retrocesso da hipoteca pode prejudicar o proprietário. Tal assentimento não é parte integrante do negócio jurídico de modificação de grau; é declaração unilateral de vontade, recepticia e irrevogável. Faz-se aos interessados, ou ao oficial do registro. A falta dele importa em ineficácia quanto ao que deveria ter assentido. A aquisição posterior do bem por um dos credores hipotecários, ou um dos outros modificantes, faz eficaz a modificação (E. STROHAL, *Relative Unwirksamkeit, 7)*.

(c)Quanto aos que ocupam graus intermediários, nenhuma eficácia tem a mudança de graus, ainda que esses houvessem assentido. Todavia, pode-se pensar em negócio jurídico de direito das obrigações, para que, no plano pessoal, o intermediário em grau suporte a eficácia da mudança. Se Quer negócio jurídico de direito das coisas, é preciso que se conclua *acordo de mudança de grau* com os intermediários.

a.CONSEQÜÊNCIAS DA MODIFICAÇÃO DE GRAU. A modificação de grau descola do direito retrocedente o direito de grau que passa ao direito avançante. Negócio jurídico de disposição, que de modo nenhum se confunde com o negócio jurídico de direito das obrigações, em virtude do qual o titular de direito com prioridade se obriga a suportar que antes se satisfaça ao titular do direito posterior, negócios jurídicos que

~em ser usados, porém de modo nenhum são averháveis. Caduca a modificação de grau, se, após ela, se extingue o direito que

retrocedeu: os direitos intermediários avançam; alvo se a extinção foi devida a renúncia e registro correspondente, porque, então, se mantém o lugar do direito avançado, *enquanto o direito subsistiria* (MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* IN, 118; O. PLANCK, *Kommentar,* IN, 4Y~ cd., 165).

§ 2.149. Reserva de grau

1.ORIGEM E CONCEITUAÇÃO . A reserva de grau nasceu sem texto escrito (H. DERNBTJRG, *Lehrbuch, 1,* 5. ed., 842). O direito brasileiro não na previu; mas é construível , dentro dele, a *reserva* de grau (Rangvorbehalt). A finalidade prática é a de reservar-se o proprietário, para o futuro, a possibilidade de gravame de grau preferente, o que se consegue por dois modos: a) a "primeira" escritura, que assina, não é primeira hipoteca, mas segundo(ou terceira; ou *b)* a primeira escritura, que assina, « de primeira hipoteca a favor de si mesmo, registável, o que permite a inscrição, seguida da inscrição de outra, ou de outras, chamadas

"segunda", "terceira", etc. Para obter a), o proprietário tem de declarar na escritura das hipotecas segunda, terceira, ou posterior a essa, que a primeira ainda não foi outorgada, pois sem essa declaração teria de ser observado o art. 837 do Código Civil *(ius dispositivum).* O expediente é propício aos que vão edificar e precisam de dinheiro, para as primeiras obras, e de quantia maior, mais tarde, para se assegurar a continuação das obras ou o pagamento da segunda hipoteca, outorgada antes. Também se pode outorgar primeira hipoteca, reservando-se a constituição de outro direito real, de grau anterior à hipoteca inscrita. Note-se a diferença de categoria jurídica: aqui, o proprietário tem direito real limitado, que pode alienar; ali, o direito real que se reserva é parte integrante da propriedade, *mas* livre da hipoteca *(reserva de grau).* Todavia, a doutrina vacilou até chegar a essa precisão técnica sobre o *direito ao grau:* ainda M. BREIT *(Der Grundbuckhang,* 83) entendia que a reserva de grau apenas consistia em promessa obrigacional pelo credor hipotecário a favor de terceiro ainda não determinado; e MUGEL (Die durch das Aufwertungsgesetz hervorgerufenen Rangfragen, *Deutsche Juristen-Zeitung,* 34, 404 s.) teve de rebatê-lo. Certo, com a alienação do imóvel, vai o *direito do grau;* o direito, sozinho, não pode ser alienado, nem gravado, nem penhorado (J. BIsaMANN, *Sachenrecht,* 83; O.

PLANA, *Kommentar, fl,* 4. ed., 170; *L.* ROSENBERG, *Sachenrecht,* 280 s.). O que arremata o imóvel arremata-o incluso; entra o direito de

grau, com o imóvel, na massa concursal.

2.TEMPO EM QUE SE PODE RESERVAR O GRAU. A reserva supõe que ainda não se haja registrado o direito contra o qual se faz a reserva; após o registro, é inadmissível (G. PLANa, *Kommentar,* IN, 169; J.

BIERMANN, *Sachenreckt,* 82; sem razão: L. ROSENEERO, *Sachenrerht,* 276; E. Fuars, *Grundbuchrecht,* 101; O. GUME, *Die Grundbuchordnung,* 3~ ed., 951, nota 21). Se o direito contra o qual se reserva está registrado, pode dar-se que se trate de *mudança de grau,* não de *reserva de grau.* Quem tem direito registrado pode ceder o direito ao grau. Não houve, antes, reserva.

3. DIREITO AO GRAU. Para se constituir o direito ao grau, é preciso que se dê o *acordo* e se *averbe* a reserva (Decreto n. 4.857, art. 286, *verbis* "outras ocorrências, que, por qualquer modo, alterarem o registro"). Se falta o acordo, o titular do direito, contra o qual se averbou a reserva de grau, pode pedir a retificação. Não há reserva de grau, por declaração unilateral de vontade (sem razão, e sozinhos, KONRAD COSACK, *Lekrbuck,* ~

6Y ed., 30, e E. GOLDMANN-H. LILIENTHAL, *Das biirgerliehe Gesetzbuch,* II, 254). O acordo há de ser entre o proprietário e aquele contra quem se faz a reserva. Para a averbação, basta a provocação de qualquer deles. Se o imóvel foi alienado, passa, com a propriedade, a legitimação à averbação ou o direito ao grau. Pode-se dizer a que é que se destina tal direito reservado *(e.* g., a pagar a hipoteca contra a qual se fêz a reserva).

A reserva pode ser condicional ou a termo, bem como dela constar que o direito ao grau só há de ser exercido antes de qualquer outra hipoteca (O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 50). Não é preciso dizer-se a quem se vai outorgar o direito reservado. Não se pode reservar grau "abaixo" de certa soma (O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 50).

4.EXERCÍCIO DO DIREITO AO GRAU. Para o exercício do direito ao grau, há de haver o *acordo* do proprietário e daquele a favor de quem se exerce. Trata-se de transferência do direito ao grau, em que é outorgante o proprietário e outorgado o que é titular do direito posterior, que vai nascer com a *anteriorização* -

de grau, ou recebê-la, se já registrado. É preciso que, na escritura, se

diga que é a escritura da hipoteca a que se atribui o grau preferente à que se inscreveu (1(. MAENNER, *Das Sackenreckt,* 68; li. WILLENBÚCHER, *Das Liegenschaftsrecl&t* 18; L. ROSENHERO, *Sachenrecht,* 285). O assentimento do que fora preterido pela reserva de grau não é necessário (O. WnwErnt, *Kommentar,* II, 51), ainda se a reserva é para assegurar o pagamento, no todo, ou em parte, da hipoteca de que é titular. O oficial do registro tem apenas de verificar se o exercício do direito foi dentro dos limites da reserva de grau. O proprietário pode exercer o direito a favor de algum direito real já inscrito, posteriormente àquele contra o qual se fêz a reserva (L. ROSENBERG, *Sachenreckt,* 276).

Se o proprietário prometeu declarar a favor de alguém a transferência do direito, a sentença em que for condenado a emitir a declaração de vontade (Código,de Processo Civil, art. 1.006 e § 2.0) é registável *(O.*

PLANCK, *Komnentar,* IN, 172).

5.EFICÁCIA E CESSAÇÃO DE EFICÁCIA. Exercido o direito de reserva de grau, tudo se passa como se tivesse havido modificação de grau. O que obteve a averbação, sem mais ser Proprietário, ou quer admitir a reserva de grau, sem ser titular de direito, é tratado como o que alienasse bem alheio: a reserva de grau é ineficaz (.1. BIERMANN, *Sachenrecht,* 84; O. PUEDARI, *lhe Grundbuchordnung* 2.8 ed., 607). Se o direito favorecido se extingue, cessa a eficácia; se podia ser favorecido outro, o que se há de entender, salvo restrição expressa, pode outro ser favorecido Os direitos intercalares de regra são inatingidos pela reserva de grau. Se o pôsto do que anui na reserva é de menor extensão que o do que se reserva, a reserva de grau só é eficaz, quanto aos direitos intercalares, até à extensão daquele. Se, em vez disso, o pôsto que se reserva é de menor extensão que o do anuinte, êsse é preferente, quanto à diferença, em relação aos postos intercalares.

6.ExTINÇÃO DA RESERVA DE GRAU. Extingue-se a reserva de grau, mediante *acordo* e nova *averbação* desconstitutiva (cancelamento). Quanto à renúncia, entendia E. FUCHS *(Gr-undbuchrecht,* 102) que não precisaria, sequer, de averbação ou cancelamento; e L. ROSENBERG *(Sachenrecht,* 282) admitia-a, se com o cancelamento. A opinião dominante, na Alemanha, exige o acordo (G. PLANOR, *Kornmentar,* IN, 171; MÀRTIN WOLFF, *Lehrbuch,* IN, 120). Tem razão L. ROSENEERO; e ilimos os nossos argumentos: trata-se de princípio geral sobre ~ renúncia dos direitos; o direito ao grau é renunciável; por analogia com o art. 849, IN, e 850 do Código Civil, e art. 178, b),

x, 3. parte, do Decreto n. 4.857, de 19 de novembro de 1939, é indispensável o cancelamento (cf. Decreto n. .4.857, art. 288). Para o cancelamento hasta, tenha, ou não, sido por acordo, a provocação do titular de qualquer dos direitos reais ou do proprietário.

§ 2.150. Graus dos direitos reais limitados mobiliários

1.DIREITOS REAIS LIMITADOS SOBRE BENS MÓVEiS. Os direitos reais limitados ou são sobre coisas ou sobre direitos. No tocante aos direitos reais limitados imobiliários, todos são sobre coisas, exceto os direitos reais limitados sobre direito enfitêutico, sobre apólices da dívida pública oneradas com a cláusula de inalienabilidade (Código Civil, art. 44, II), porque apólices nominativas não são *coisas,* o penhor de crédito hipotecário (por analogia, art. 44, 1; cf. Decreto n. 24.778, de 14 de julho de 1934, arts. 1? e 2.0) e a caução do direito à herança aberta (art. 44, IN). No tocante aos direitos reais limitados mobiliários, há-os sobre coisas e há-os sobre direitos (direitos reais limitados sobre direitos, como o usufruto de crédito e a caução de títulos de crédito, ações nominativas, apólices nominativas não gravadas com a cláusula de inalienabilidade, o penhor sobre crédito hipotecário, pignoratício ou anticrético). Há os direitos reais limitados sobre direitos reais limitados, como o usufruto de renda imobiliária, o penhor de crédito hipotecário, pignoratício ou anticrético, qualquer direito real limitado sobre direito enfitêutico.

2.DOCUMENTOS E TÍTULOS, TÍTULOS INCORPORANTES. *À* respeito do penhor sobre direito de crédito, pretensões e ações, não se pode falar de tradição do titulo, mas sim de tradição de documento, porque não se poderia pensar em posse do direito. No entanto, é possível pôr-se obstáculo ao recebimento pelo credor, sem ser pela cessão fiduciária: a) ou pela retenção de documentos probatórios, notificado o devedor, ou *b)* pelo registro do negócio jurídico de penhor (acordo de constituição), notificado o devedor. As notificações ao devedor são apenas elementos para a eficácia do penhor de crédito quanto a êle. No art. 791 do Código Civil diz-se: "Esta caução principia a ter efeito com a tradição do título ao credor, e prova-se por escrito, nos termos dos arts. 770

e 771". A caução a que se refere o art. 791 é a caução de créditos, nominativos, contra particulares, porque a caução de títulos nominativos de dívida da União, dos Estados-membros e dos Municípios só depende do registro (art. 789). A expressão "títulos de

crédito pessoal" foi infeliz, embora já proviesse de emenda ao Código Civil, que, na redação primitiva, ainda era mais defeituoso. Em vez de "títulos de crédito pessoal", leia-se "créditos contra particulares a que não baste a entrega de títulos". Se do crédito é pertença o documento, e não aquele e êsse (cártula) partes integrantes do crédito, a lei exige que se faça tradição do documento, como pertença do crédito, e tal tradição pode ser *simples* (Tomo X, §§ 1.080, 1, 1.084, 1, 2, e 1.088, 2), ou *brevi manu* (Tomo X, §§ 1.156, 1, 1.080, 1, 1.084, 3~ 6-10, 1.086, 1.087, 2, 1.088, 3, 1.091, 1, 1.107, 1), ou *longa manu* (Tomo X, §§ 1.074, 1, 1.080, 1, 1.084, 1, 4, 8, 1.087, 1, 3, 1.088, 4, 1.156, 1), ou pelo constituto possessório (§§ 1.066, 2, 1.091, 1, 1.097, 1.107, 1, 2, e 1.118, 4). É da mais alta importância distinguirem-se a tradição do documento-pertença e a tradição do titulo coisa, em que direito e cártula são partes integrantes da coisa A caução de títulos endossáveis somente pode ser por endOsso-penhor; ao penhor de títulos ao portador basta a tradição do titulo, com o acordo de constituição.

3.DIREITOS REAIS LIMITADOS SOBRE DIREITOS. Os direitos reais limitados sobre direitos tomam a natureza do direito sobre que recaem, exceto em que são sempre reais, por definição. Assim, o usufruto de prédio ou de renda imobiliária é bem imóvel; o usufruto de crédito pignoratício é bem móvel, ainda se trata de usufruto de crédito pignoratício sobre direito imobiliário, como o de crédito pignoratício sobre crédito hipotecário (cf. Decreto n. 24.778, de 14 de julho de 1934, art. 1.0).

Discute-se se o usufruto de direito de crédito é direito real ou se é direito pessoal. Não há usufruto pessoal.

Todo usufruto, uma vez que se constituiu, por negócio jurídico, ou por lei, é direito real: só o direito das coisas regula a criação, exercício e extinção do usufruto, salvo alguma regra jurídica especial que seja concernente ao ramo de direito em que ele nasce (direito de família, direito das sucessões, direito administrativo) -

CAPITULO IN

EXTINÇÃO DOS DIREITOS REAIS LIMITADOS

§ 2.151. extinção de direitos reais limitados sobre imóveis e mudanças de conteúdo 1.NEGÓCIOS JURÍDICOS EXTINTIVO. Os negócios jurídicos a constituição de direitos reais *limitados,* ou para a transferida, entre vivos, do direito de domínio e demais direitos reaja, supõem o *acordo* e o *registro.*

Pode-se, por simples de danças unilateral de vontade e conseqüente registro (cancelado), extinguir-se qualquer deles, se não estão sujeitos à inalienabilidade. A *renúncia* e o *abandono* foram regulados no art. 589, II e IN, e

§§ 1.0 e 2.0. Perde-se a propriedade imóvel pela renúncia e pelo abandono (art. 589, II e IN). "Nos dois primeiros casos deste artigo", diz o § 1., referindo-se à alienação (art. 589, 1) e à renúncia (art. 589, II), "os efeitos da perda de domínio serão subordinados à transcrição do título transmissivo, ou do ato renunciativo, no registro do lugar do Imóvel". Portanto, o negócio jurídico unilateral da renúncia tem como suporte fático declaração de vontade, mas a eficácia de extinção depende de ato de direito público. Trata-se de negócio jurídico abstrato; ato de disposição, pois elimina direito real; pode preceder ou suceder ao cancelamento, que se opera quanto ao domínio) por transcrição (Decreto n. 4.857, art. 178, *b),* X), o que faz ser a regra o negócio jurídico unilateral prévio e eficaz. A declaração de vontade é receptícia: dirige-se ao oficial do registro; salvo aparente *bilateralização,* nas espécies em que se renuncia para beneficiar a alguém, como o credor da hipoteca posterior se o renunciante é o credor da primeira. (A renúncia, em si mesma, não se bilateraliza. Continua renúncia, declaração unilateral de vontade. Precisa de integração registraria, para extensão da eficácia a terceiros, ou para a eficação extintiva do direito real.)

2. RENÚNCIA. A renúncia exige o assentimento dos terceiros, que tenham direitos, pretensões, ações, ou exceções, que dependam do direito a que se renuncia. Se, apesar da renúncia, o direito persiste, é supérfluo o assentimento. A declaração de vontade do assistente é receptícia; e irrevogável, embora possa dar ensejo à ação de enriquecimento injustificado (arts. 964-971; cf. H. SIBER, *Das Buchrechtsgeschãlt,* 101). Se falta o assentimento, que seria necessário, deve o oficial do registro recusar-se à transcrição, ou ao cancelamento conforme o Decreto n. 4.857, art. 289; se, todavia, se procedeu à transcrição, ou ao cancelamento segundo o art.

289 do Decreto n. 4.857, o registro passou a ser *inexato,* ainda que feito por eficácia sentencia]. É de discutir-se se, inexato o registro, o direito subsiste, ou se extingue, sem eficácia frente ao terceiro que deveria ter assentido. Noutros termos: se é *nado* o registro, ou não. Se não é nulo, o direito extingue-se, embora subsistam os direitos, pretensões, ações ou exceções dos terceiros, que deveriam assentir, se não assentiram. Se é nulo, não se extingue o direito: subsiste, a despeito da transcrição, ou do cancelamento. No direito alemão, há o

§

876, a parte, que diz: “Estando um direi

1

to sobre imóvel onerado com o direito de terceiro, é preciso, para o

cancelamento *(zur Aufhebung)* do direito onerado, o assentimento do terceiro”. O *punetum saliens* está na existência, ou não, da pretensão à retificação, por parte do renunciante. Se o registro é nulo, não se lhe pode negar tal pretensão. *Aliter,* se só ineficaz, porque se trataria de ineficácia relativa ao terceiro ou terceiros que deveriam ter assentido. A doutrina alemã propendeu para a ineficácia, ainda frente ao que renunciou (E.

STRoHAL, *Relative Unwirksamkeit,* 26; L. RAAPE, *Das gesetzliche Verdusserungsverbot,* 130 s.; MARTIN

WOLFF, *Lehrbuch,* IN, 109; A. VON TUER, *Der AUgemeine Teu,* II, 75, nota 80; O. PLANCK, *Konzrnentar,* IN, 146;L. ROSENBERG, *Saehenrecht,* 223). Devemos repelir isso: o direito do renunciante não subsiste; aqueles que pensam o contrário confundem o plano da eficácia com o plano da validade, onde o nulo estabeleceria a ineficácia absoluta. Se o assentimento sobreveio, a renúncia é eficaz contra o assentinte. Por isso mesmo, se o renunciante se obrigara a renunciar, a falta do assentimento não o desobriga (J. BIERMANN, *Sachenreoht,* 69; sem razão, H. SIBER, *Das Buchrechtsgesch.dlt,* 97, nota 1).

3.PRINCIPIO DO ASSENTIMENTO DOS INTERESSADOS. Existe, no direito brasileiro, o principio de que aqueles cujos direitos, pretensões, ações e exceções constantes do registro de imóveis seriam atingidos pelos atos renunciátivos e, em geral, extintivos, têm de assentir. O art. 289 do Decreto n. 4.857 apenas se insere nesse princípio geral: “O cancelamento pode ser total ou parcial e se referir a qualquer dos atos do registro, *sendo promovido pelos interessados,* mediante sentença definitiva, ou documento hábil, ou, ainda, a requerimento de ambas as partes, se capazes e conhecidas do oficial”. O assentimento do terceiro interessado é necessário à atividade do oficial e à eficácia quanto a êle; tão-só. O principio do assentimento do terceiro só diz respeito à transcrição da renúncia, e ao cancelamento em virtude de negócio jurídico. Não abrange os atos de eficácia somente pessoal, como a cessão (O. WÃRNEYER, *Kommentar,* XI, 37).

"Interessados", diz o art. 289 do Decreto n. 4.857. Portanto, se o direito do que havia de assentir está onerado, também o titular do direito que seria atingido pelo assentimento tem de assentir (H. WILLENBIICHER, *Das Liegenscha.ftsrecht,* 10).

4. NATUREZA DO ASSENTIMENTO. -A declaração unilateral de vontade do assentinte subordina-se às regras jurídicas sobre negócios jurídicos, especialmente sobre negócios jurídicos renunciativos, exceto quanto à revocabilidade. A forma é regulada pelo art. 134, II (arg. ao art. 589, II e § 1.~). A incapacidade, após o assentimento, não no atinge. Pode ser oposto ao sucessor singular do assentinte, se não o tutela a fé pública do registro. O assentimento pode constar de sentença, transita em julgado.

5.PRINCIPIO DO ASSENTIMENTO DO INTERESSADO E SUA EXTENSÃO. O princípio concerne a extinção de direitos e a mudanças de conteúdo, que provenham de negócios jurídicos. Não à destituição de direitos e às mudanças de conteúdo que resultam de lei. Também somente se refere a mudanças de conteúdo do direito real, e não a mudanças de conteúdo de direito a direito real (J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 71; L.

ROSENBERG, .*Sachenrecht,* 229), com exceção das mudanças no conteúdo das inscrições preventivas segundo o art. 178, a), VI e VII, do Decreto n. 4.857, e da inscrição provisional do art. 227 do Decreto n. 4.857.

Não se trata de mudança quando se troca a categoria jurídica do direito real ou da inscrição; mas o aumento de conteúdo é mudança, bem assim a diminuição, *e.* o., quanto aos juros. São mudanças de conteúdo: a de lugar e tempo do pagamento, a inserção ou exclusão de condição. Não é simples mudança, *e. g.,* a de duração do usufruto e a distribuição da divida hipotecária sobre parte do imóvel, após a divisão. Sempre que não se trata de simples mudança de conteúdo, tem-se de cancelar o registro existente e proceder-se a outro. À modificação do direito sobre coisa própria *(e .g.,* da servidão predial, em caso de aquisição do prédio dominante pelo dono do prédio serviente, ou vice-versa, sem cancelamento do registro) basta declaração unilateral do titular (MARTIN

WOLPF, *Lehrbuck,* IN, 112; sem razão, G. PLANCK, *Komentar,* IN, 149).

A distinção entre *renúncia* e *mudança* é assaz importante para a incidência, por um lado, dos arte. 589, II, e §

1.0, do Código Civil, que exigem t *ranscrição,* e dos arts. 288 e 289 do Decreto n. 4.857, que estabelecem a forma do *cancelamento,* e, por outro lado, dos arts. 284-286 do Decreto n. 4.857 (averbações).

(a) É de notar-se que o art. 284 do Decreto n. 4.857 considerou mudança de conteúdo, e não extinção de um direito e nascimento de outro, ou transferência, as alienações e onerações, independentemente do solo, das minas e das pedreiras, sempre com remissões recíprocas", bem como da sua invenção e lavra: "Serão averbadas, na transcrição dos imóveis de que foram desmembradas, quaisquer alienações ou onerações, independentemente do solo, das minas e das pedreiras, sempre com remissões recíprocas, bem como de sua invenção e lavra". Quanto à invenção e à lavra, nenhuma dúvida poderia haver. Quanto às alienações e onerações, a atitude do legislador provêm da concepção que se cristaliza no art. 152 da Constituição de 1946:

"As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas de água, constituem propriedade distinta da do solo, para o efeito da exploração ou aproveitamento industrial". Sob o 3)

mesmo regime de averbação acham-se, portanto, as autorizações e as concessões de aproveitamento de águas, as alienações e onerações (Decreto-lei n. 852, de 11 de novembro de 1938, art. 145: "As quedas de água e outras fontes de energia hidráulica são bens imóveis e tidas como coisas distintas e não integrantes das terras em que se encontrem. Assim a propriedade superficial não abrange a água, o álveo do curso no trecho em que se acha a queda de água, nem a respectiva energia hidráulica, para o efeito de seu aproveitamento industrial"; art. 146:

"As quedas de água existentes em cursos, cujas águas sejam comuns ou particulares, pertencem aos proprietários dos terrenos marginais, ou a quem for por título legítimo"). Surge o problema de se saber se *a)* a alienação ou oneração pelo que já recebeu do dono da terra a propriedade das minas, ou das águas, tem de cair sob a regra jurídica do art. 531 (transcrição necessária dos títulos transíativos da propriedade imóvel entre vivos), ou *b)* sob a regra jurídica do art. 284 do Decreto n. 4.857, que só exige a *averbação* das alienações e onerações de minas e pedreiras (por analogia, das alienações e onerações de quedas dágua e outras fontes de energia hidráulica). A resposta é no sentido de *b),* pois o art. 284 do Decreto n. 4.857 não distinguiu, e o Código Civil não possui regra especial, que atenda ao art. 152 da Constituição de 1946.

(b)No art. 285 do Decreto n. 4.857 estatui-se: "Serão, também,

averbadas, à margem das respectivas transcrições, a mudança de numeração, a edificação, a reconstrução, o desmembramento, a demolição, a alteração do mesmo pelo casamento, ou desquite, ou, ainda, quaisquer circunstâncias que, por qualquer modo, afetem o registro ou as pessoas nele mencionadas".

Oart. 285 do Decreto n. 4.857 refere-se ao desmembramento em geral; o art. 284, ao "desmembramento" das minas e pedreiras (por analogia, das águas e outras fontes de energia hidráulica). A figura não é tão una quanto pareceu ao legislador, O desmembramento da parte integrante das terras é a *divisão,* indo cada porção de terreno constituir bem imóvel à parte, ou unir-se a outro, ou indo ela e porção de outro terreno constituir outro bem imóvel (transformação das partes integrantes do imóvel em imóvel independente, incorporação de parte desmembrada a outro, união de partes de diferentes imóveis formando outro). Não é bem isso o que se passa com as minas, pedreiras, quedas de água e outras fontes de energia hidráulica. O dono da terra, se é dono da empresa da mina, não no é por ser essa riqueza parte integrante; o direito de pesquisa e lavra depende de ato estatal (Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1984, art. 10; Decreto-lei n. 1.985, de 29 de janeiro de 1940, art.

5.9. O dono da terra é dono das explorações industriais de águas, não como dono da terra, de que a queda de água seja parte integrante, mas em virtude da preferência que a lei lhe dá (Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934, art. 148: "Ao proprietário da queda de água é assegurada a preferência na autorização ou concessão para o aproveitamento industrial de sua energia ou co-participação razoável, estipulada neste Código, nos lucros da exploração que por outrem for feita"; parágrafo único: "No caso de condomínio , salvo o disposto no art. 171, só terá lugar o direito de preferência à. autorização ou concessão, se houver acordo entre os condôminos; na hipótese contrária, bem como no caso de propriedade litigiosa, só subsistirá o direito de co-participação nos resultados da exploração, entendendo-se por proprietário, para êsse efeito o conjunto dos condôminos").

~ 2152. Extinção dos direitos reais limitados sobre móveis

1.REGRAS JURÍDICAS GERAIS E ESPECIAIS. Não deu o Código Civil regras jurídicas gerais sobre a extinção dos direitos reais limitados sobre móveis. Quanto à enfiteuse, há os. arts. 692, 693 e 687; quanto às servidões, os arts. 708-712; quanto ao usufruto, os arts. 739-741; quanto ao uso ou à habitação, o art. 745 ou o art. 748. Nada se disse quanto à renda imobiliária. A extinção do penhor foi assunto dos arts.

802-

-804; nos arts. 849-851 cogitou-se da hipoteca, o que também incide quanto à anticrese. Teremos de examinar cada instituto, separadamente, mostrando-lhe os traços distintivos.

2.EXTINÇÃO DE DIREITOS REAIS LIMITADOS SOBRE DIREITOS.

O direito real limitado extingue-se com a extinção do direito gravado. Todavia, a extinção desse por negócio jurídico do titular só se pode dar com o assentimento do titular do direito real limitado sobre direito. Assim, as regras jurídicas que concernem ao direito real limitado incidem, maia a que acima mencionamos e de certo modo substitui as regras jurídicas que dizem extinguir-se o direito perecendo o objeto.

Se o devedor do crédito vem a ser titular do direito real limitado sobre o crédito, não há confusão, porque o seu credor é o devedor do crédito que o direito real limitado garante. *Áliter,* se vem a ser o titular do direito real limitado e credor contra si mesmo. Tratando-se de usufruto sobre crédito, como se o devedor herda do credor, ou vice-versa, a confusão do crédito não prejudica o usufrutuário; ainda se o usufruto foi constituído após a coincidência das figuras do credor e do devedor, se, *in capte,* não se deu a confusão extintiva, e .g., se O credor institui herdeiro ao devedor e lega à mulher desse o usufruto. Nada obsta a que se tenha direito de penhor sobre crédito próprio, *pignus debiti* .(cf. A. TEAL, *Die Vereinigung çon Reckt und Verbirtdlichkeit beim Pfandrecht a,n Forderuttgen,* 140 s.).

Se o direito real limitado exige registro, antes do cancelamento não tem extintividade a confusão; dá-se o mesmo se o direito real limitado é sobre outro direito real limitado e a confusão ocorre quanto a ambos, ou somente quanto a esse. Mais uma vez frisemos que é possível ser titular de direito que *restringe* outro direito de que se é titular, dito, então, em terminologia elíptica, direito sobre a coisa própria (melhor “direito sobre direito próprio”). Conforme teremos de ver a propósito de cada um dos direitos reais limitados, nada obsta a que tais direitos se concebam e se componham, prestando serviços de porte na vida prática dos nossos dias. A própria servidão pode ser sobre prédio do titular do direito de servidão. *De regra,* a confusão só se dá mediante a declaração de vontade do titular com *duplo* direito, isto é, com direito real de que êle no momento é sujeito passivo, no sentido de ser o dono atual „do bem.

Tem-se de atentar, sempre, em que os sujeitos ativos e passivos dos direitos reais são, aqueles, determinados *atual mente* e, esses, tOdas as pessoas, inclusive quem é o dono do prédio gravado, O sujeito passivo é sempre total, a despeito da momentaneidade da titularidade do domínio ou do direito real limitado que sofre a restrição.

Certamente, quem é, no momento dono do prédio gravado é sujeito passivo na relação jurídica de servidão, porque a sua pessoa se insere, no momento, na relação jurídica de domínio; porém a natureza *real* do direito exige que se não dê a essa *atualidade* qualquer função de exclusão dos outros sujeitos passivos. O conceito de direito real exige que se pense em termos de relação jurídica em que o sujeito passivo é total, isto é, que se tenham a todos como devedores do direito real, e não só aquela pessoa que, no momento, se insere na relação jurídica da servidão por ser o dono *atual* do prédio. Essa atualidade é tão insignificante, que o direito real de servidão persiste se o bem gravado se torna *res nuilius.*

CONCEITO DE ENFITEUSE E DE SUBENFITEUSE § 2.153. Conceito de enfiteuse 1.CONCEITO DO DIREITO REAL LIMITADO. A enfiteuse é o direito real limitado mais extenso que já se concebeu. Distingue-se do domínio por depender de prestações do enfiteuta ao senhorio. Consiste êle em poder-se fruir e usar do prédio, sem as limitações que se fazem ao usufruto, ao uso e à habitação.

Direito real limitado, a enfiteuse contém o uso, a fruição, a alienabilidade do direito, a trausmissibilidade a causa de morte, de modo que vai além do usufruto, do uso e da habitação no que tira ao domínio. Muitos o disseram quase-domínio, o que importaria em conceituar-se como direito real limitado assaz extenso em seu conteúdo, porém não domínio. A estruturação feudal dos domínios superpostos deturpou a instituição romana; parte do Código Civil, todavia, reafirmar que não importamos tal deformação. O poder alienar e hipotecar não s~o essenciais ao domínio, para que se possa ter a enfiteuse como domínio inferior, domínio útil, ou quejandas expressões impróprias:

por isso mesmo, as alusões a senhorio direto, domínio útil e semelhantes não têm o sentido que interpretação literal lhes atribuiria. Direito real limitado, de regra *in re aliena,* a enfiteuse pode conceber-se, como teremos ensejo de ver, em prédio próprio. Antes, Tomos V, § 570, e XI, § 1.180.

Ou usufrutuário não pode mudar o gênero de cultura, sem assentimento do dono do prédio, salvo se no ato constitutivo se lhe deu tal poder (art. 724). Se recai em florestas, ou minas, a extensão e a maneira da exploração podem ser estabelecidas, dependendo de acordo (art. 726). Não tem o usufrutuário direito à parte do tesouro achado por outrem; nem ao preço pago pelo vizinho do prédio usufruido, para obter meação em paredes, cêrca, muro, vala ou valado (arts. 727. 607-610). Quanto à enfiteuse, rege o art. 609, que afasta qualquer pretensão do senhorio quanto ao tesouro. O art. 725 não atinge o enfiteuta, nem o art. 724. O enfíteuta pode fazer no prédio as mudanças que entenda, com a só limitação de não deteriorar o prédio. Nada obsta a que mude o próprio destina do prédio.

Nas fontes, à pensão enfitoutica chama-Se canoS, *pensio, vectigol, reditus.* Pensão, fOro, cânon, diz hoje. A obrigação quanto ao que se vai vender é real, porque se transfere ao adquirente do direito enfitêutico, sem ser preciso qualquer assunção de dívida por êle, tenha, ou não, assentido o senhorio.

2.DIREITO ROMANO. O Estado e os Municípios arrenlavam a particulares terrenos rústicos, às mais das vêzes indultos, a fim de que se cultivassem. o arrendamento ou era perpétuo ou por longo tempo, acima, de regra, da vida humano e prestação do *ager vertigaus* correspondia o cênon anual *(vectt* ccznotO. herdeiros sucediam (PAULO, L. 1, O., *si ager veo zg is, id est emphl/te petatt&r,* 6, 3: Chamam-se vectigais os que se arrendam em perpétuO. isto é, com a cláusula de que, enquanto por Oles se pague pensãO, não seja licito aos mesmos que os arrendaram nem aos que lhes sucederam retirá-los. Não são vectigais os que se dão para serem cultivados como solmos dar, privadamente (24 prtva *Um),* os nossos campos"; § 1: "Aos que à perpetuidade tomaram em arrendamento dos MuníciPes fundo para desfrutá-lo, se bem. que não se façam donos, pareceu bem que lhes caiba (o "competere" foi nterpolação) ação real contra qualquer possuidor; mas também contra os próprios Munlcipes" § 2 (ULPL&No): "contanto que paguem o vectigal (pensão)"; § 3 (PAULO):

„Diz-se também o mesmo se o houverem tomado por certo tempo e não se houver findo *o* tempo do arrendamento").

Proprietário da terra continuava de ser o arrendante, como em todos os outros arrendamentos. A diferença consistia na *realidade* do direito: enquanto o arrendamento vulgar só-mente gerava a *actio conducti,* ação pessoal de locação, a favor do arrendario para obter a entrega da coisa arrendada, a ação do arrendatário do *ager* vectigatis era *real.* Foi

.0 Pretor que lhe conferiu a ação real de restituição de coisa contra qualquer terceiro que a detivesse, incluido o arrendante *(actio veetigaliE* O. LENEL, *Das* Edictum perpetuuin. 8.~ ed., 186 s.). Além dessa ação, ligada ao direito de propriedade e à pretensão real, tinham os arrendatários os interditos possessórios.

Podia o vectigalidade alienar o fundo, empenhá-lo (L. MITnis, Zur Geschichte der Erbpacht im Altertum, *Abhandlungefl der sãchs.* Gss. der *Wiss.,* phil.-hist. KI., 20, 27) e legar, mas eficácia dependia de assumir o adquirente os mesmos deves e a mesmas obrigações.

Na era imperial cresceu de importância a enfiteuse, designada co o i *us perpetutrl,* e passou a também ser sobre grandes nações territoriais.

A *phuteitftit* era outra instituição, que se constituía por tempo, permitindo, ao termo, a elevação do cânon ou a espedida do enfiteuta. A confusão das duas instituições com. sumou-Se no século IV e no direito justinianeu só se conheceu urna, perpétua, com a resolubilidade por falta de pagamento do cânon, ou por não ter o enfiteuta solvido os impostos estatais.

O arrendatário do *ager vectigalis* não podia usucapir.

Procurou-Se tirar da constituição de senão que o contrato enfitêutico era só consensual, por não ter o imperador referido a ação real: seria a ação simples *actio personalu ex contraCtt~* (A. FABER, *De ErroribitA pra gmaticorttm,* d. 65, error 4); se bem que coubesse o interdito *~uti* poasidetis. A contradição ressalta, porque, então, não se poderia pensar em simples arrendatário. O fundo enfitêntico entrava, como bem, no patrimOfio; falava-se de i *us emphvteuticum* ao lado de *jus domini~* (cf. CRU. FE. voN GLOCK, *ÃusfiLhrliOhG*

Erlduteruflg der Pari dekten, VIN, 867 si.

Originariamente . o arrendamento do *ager vectigaiu* era simples locação. O direito pretório fé-lo real, pela *actis is rerft.* que se conferiu ao arrendatário a perpetuidade ou longo tempo; e os juristas acabaram por completar o direito real limitado, em que se tornou. De modo nenhum se desenvolveu do precário, concepção extravagante de H. DANKWARDT Das Precanum und die Emphyteuse, *Jahrbiicher fúr die Doçpnatj~,* 14, 322 a).

O vectigaí podia ser em dinheiro, ou parte em dinheiro e parte em frutos (cf. HIGINO, *de Limitibwç constitueMis* segundo W. GoEsnJs, *Inter rei agrariae auctores,* 205).

A enfiteuse romana implantou-se em Portugal e o direito visigótico a elas alude; atribuindo ao senhorio o direito de reaver o bem, se o enfiteuta lhe não pagasse a pensão. A locação precária era outro instituto. Os juristas que recusam às locações perpétuas a natureza da enfiteuse, porque não se transferia domínio útil ao locatário, são vítimas de teoria falsa historicamente inadmissível de enfiteuse romana "outro" domínio.

3.DIREITO PORTUGUÊS E LUSO~BRASILEIRO Já no século XX, provavelmente , antes, havia enfiteuses em Portugal, com o nome, por exemplo, de "encomunhas" ou "incomunhas" (JoAQUIM DE SANTA ROSA DE VITEREO, *Elucidário,* 284: "Assim chamavam aos foros e rendas que das casas, quintas e outras quaisquer fazendas de raiz se recebiam"; *e.* g., doação de 959; "Era pois incomunhar o mesmo que emprazar, ou mais propriamente aforar, e encomunhas ou incomuniados os foros ou pensões que dos prazos se pagavam"). Já MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Tratado prático e critico de todo o Direito enfitéw two,* 1, 2) havia corrigido a MELO FaEmp *(institutiones,* IN, 127), que não remontara a tal era.

Falou-se de domínio pleno e de domínio menos pleno, ou de domínio direto (o do senhorio) e de domínio útil, de *domitdi partitio in plenum et minus plenum* e de *dominji partitio in directum et utile.*

Diz o art. 678 do Código Civil: "Dá-se a enfiteuse, aforamento ou emprazamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim s,e constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável". Três expressões para o mesmo instituto.

A expressão *enfiteuse,* de origem grega, mas importada do direito romano, melhor traduz o que se construiu no Código Civil, arts. 678-694. *Aforamento* lembra *foro,* que tanto significa juízo, lugar de audiências, quanto pensão enfitêutica. *Emprqzarnento* nada tem com *prazo,* trato de tempo, que vem do lat. *placitu,* aprazimento (FR. DIEz, *Et~mologisches Wõrterbuch der romanischen Sprachen,* 246; W. MEYER-LÚBKE, *Romani-*.

soltes Etymologisches Wõrterburck, 6561; JosÉ JOAQUIM NUNES, *Compêndio de Gramática Histórica Portuguésa,* 2A ed., 143:

prazo (de *prázedo, de placitu-)", como *rezar,* de *redar (de *rezedar, de recitare). Mas os etimologistas deixam de atender a que existem

prazo, emprazar, emprazamento, que vem de *imprac..tare, *implaçar,

*emPlaçar, no que A. A. CORnslo *(Subsidias, 69)* atentou. Portanto do lat. *(im) plicitare,* sem qualquer referência a prazo, trato de tempo.

No emprazamento estava o acordo, a pacificação, o imitir, que estabelecia o contrato de emprazamento, de modo que o titular do direito exercia poderes semelhantes ao do enfiteuta de hoje. No aforamento, a outorga era menos intensa. Nas Ordenações Filipinas, Livro II, Título 35, § 7, fala-se de "coisas e bens aforados, ou emprazados".

Para admitir-se que *emprazamento* se liga a *placitum,* buscou-se argumento ao direito visigótico *(antiqua X,* 1, 12) onde se fala de concessões agrárias "ad placitum canonis". *Ploritum canonis, placitum,* é termo que aparece na lei visigática *(antiqua* IX, 1, 12) e na Reconquista.

O étimo de *firo,* no sentido de pensão que o enfiteuta paga, não pareceu seguro aos escritores do século passado. JOAQUIM DE SANTA RosA DE VITERBO *(Elucidário,* 1, 383 s.) escreveu a respeito de *foral:*

"Assim foram chamados os particulares códices, ou cadernos de leis municipais, de uma cidade, vila, conselho, ou julgado, e ainda dos moradores, ou caseiros de uma quinta, ou herdade. E como estas leis, dadas pelo senhorio direto do respectivo território, eram públicas, gerais e impreteríveis para os individuos daquela corporação, ou colônia, se chamaram *foral, a firo:* ou porque eram tão notórias, como o que se passava na praça; ou porque, segundo elas, se dividiam, e regulavam perante os juizes as causas, e ações dos que aos ditos forais estavam sujeitos; ou a *fando,* porque esta era a voz do imperante para com os vassalos. E, finalmente, disseram alguns que, sendo o Rei *Foroneo* o primeiro, que dera lei aos Gregos, dele tomaram o nome os *Forais* das terras". Outro sentido de *foral* era o de lugar das audiências (Documentos de Bostelo de 1431, 1451 e 1486), a descoberto, debaixo de árvore determinada.

Em *Leges* a *Consuetttdines, p.* 215 A, 1265, está: "Omnes meas hereditates forarias sive regalengarias" (cf. p.

730; *1w-quisitiones,* p. 460 s.). A. A. CoRTEsIa *(Subidiog para um Dicionário completo,* 92) deu por étimo *forariu* (da baixo latim), que teria provindo de *forum.*

No Código Civil, enfiteuse, emprazamento e aforamento são sinônimos Toda enfiteuse é perpétua e se constitui pelos mesmos modos.

4.DIREITO BRASILEIRO. A enfiteuse é, no sistema jurídica brasileiro, o direito real limitada de maior conteúdo; não é outra domínio. As expressões "dominia direto" e "domínio útil" são reminiscências só verbais, que não correspondem à natureza do direita real de enfiteuse. A extensão do conteúdo da enfiteuse, como dos arrendamentos perpétuos de *ager victigalis,* tinha de preocupar os juristas, ainda mesmo antes da contacta do direito romano com o feudalismo germânica. Já em GAIO (IN, 145) se consigna a dúvida: fácil é confundir-se a locação-condução com a compra-e-venda, principalmente se a coisa é locada perpêtuamente (veluti si qua res in perpetuum locata sit), na espécie da locação de fundos municipais com a cláusula de não se retirar ao condutor ou a seus herdeiros, enquanto se pague a vectigal; e GA!O informou que mais se assentou ser locação-condução (sed magis placuít locatiunem cciiductionemque esse). O imperador Zenão expressamente o disse na L. 1, C., *de emphyteutico iure, 4,* 66: "O direito enfitéutico nãoo se há de aditar aos títulos da condução nem aos de alienação (neque conductionis neque alienationis esse títulis addicendum), mas está constituída par êsse terceiro direito, independente de ligação ou de semelhança com ambos os contratos lembrados, tem conceito e definição próprios e é contrata justo e válido, no qual tudo que entre as partes eontraentes se houver convencionado nos pactos feitos por escritura ainda sobre os casos fortuitos, de todos os modos se deve guardar firme e inalterável com perpétua estabilidade; de sorte que, se ocorre a que não se incluiu na convenção dos pactos o que acontece por casos fortuitas, se sobrevejo calamidade tão grande que causou a perda da própria coisa que foi dada em enfiteuse, não se impute ao enfiteuticário a que nada ficou, mas ao dona da coisa que havia de haver suportado, ainda sem mediar algum contrato, o que por fatalidade sobrevejo". É o pensamento que está noutros panos do direita romano (L. 1, § 1, O., si *ager vectigali.,, id est emyhyteuticarius, petatur, 6,* 3; L. 8, § 4, D., *de rebua torum, qui* sub tutela *vel cura nnt, tine decreto nou alienamiia rei npponendi8,* 27, 9; L. 71, §§ 5 e 6, e L. 86, §

4, D., *de legais et fideicommi.,sis, SO;* L. 19, pr., D., *de damno infecto fl de suggrundis et protectioniints, 39,* 2; L. 2, D., *de auperficiebus,* 43, 18; L. 49, D., *de verborum sign.ifioatione,* 50, 16; L. 10, D.~ *familiae erciscundae,* 10, 2). Todavia, em alguns tetos se nota que a extensão do conteúdo da enfiteuse perturbou alguns jurfatas. Na L. 1, pr., D., *de condictione triticicia,* 18, 3, ULPIÁNO diz que, pela *coredictio* triticiaria, se pede o fundo, ainda se vectígal, ou se alguém estipulou direito, como o usufruto, ou servidio de uns ou outros prédios.

Mas, a despeito de pôr o vectigal fundo na mesmo plano do fundo, que

o não 4, parecendo que admitia dois domínios superpostos um ao outro, somente considerando direito, *jus,* o usufruto e a servidão, não teve o jurisconsulto tal intenção ; apenas frisou que o arrendatária pede o fundo vectigal como o dono o pediria e os titulares dos direitos de usufruto ou de servidão têm igual pretensão quer recaiam tais direitos no fundo quer no *ager vectigali.s.* Em verdade, não seria de admitir-se, sequer, a concepção de O. Btcnm. *(Civilrechiliche Erõrterungen,* 1, 22 s., e II, 282 s.), segundo a qual o enfiteuta e o superficiário exerceriam direita de propriedade alheio. Tão-pouco seria tolerúvel *a* dícotomia de M. A. GALVANUS, *De Usufructu dissertationes Variae,* 321 s.) "dominium proprietais", "dominium possessiofia", no qual se incluiria o *jus ernphyteuticum.*

Levaram-no a isso as passagens do Codex em que se alude ao *jus emphytCtLtictj~* como *ins dominji* e ao enfiteuta como *dorninus.* Razão tinha E. CUR. WESTPHAL *(&j.stem, II,* § 629) em frisar que havia sentido geral e sentido especial de *dominium.*

A expressâo *utile* posposta ou anteposta a *domindum* lem brava a diferença entre *acUo in rera* e *actio in rem tttilis.*

§ 2.154. Direito enfitêutico

1.DIREITO ENFITÉUTICO , BEM IMÓVEL. A enfiteuse é o direito real, alienável e hereditário, que atribui ao seu titular o uso, o fruto e a disposição da coisa imóvel, respeitado o domínio do senhorio. Trata-se de direito que se há de atribuir a pessoa determinada, portanto nunca é *subjetivamente* real, se bem que alienável e transmissível por herança. Distingue-se, portanto, ainda nesse ponto, das servidões, que são direitos *subjetivo mente* reais, isto é, pertencentes a quem é dono de outro bem. A alienabilidade e a transmissibilidade por herança (Código Civil, arts. 683, 688 e 681) não podem ser vedadas negocialmente, nem, sequer, se permite estabelecer que a alienação é sob condição resolutiva.

2. BEM INCORPÓREO. . O direito de enfiteuse é direito, e não coisa, bem corpóreo, mas, em virtude do art.

44, 1, do Código Civil, tem-se como bem imóvel. A própria pretensão e a ação real que dele se irradiam são bens imóveis. Daí resulta que o direito real de enfiteuse permite que o enfiteuta o hipoteque e o grave com o direito real de renda imobiliária (arts. 749-754), ou constitua

subenfiteuse, usufruto, uso ou habitação. O

enfiteuta pode unir o seu direito ao de outro *(e.* g., entre vizinhos), inclusive como parte integrante, porque só está em causa o seu direito real, e não o do senhorio. Como o fundo, o direito de enfiteuse pode ter pertenças, qué não o sejam do fundo. Pode ser bem de família (arts. 70-73). As regras jurídicas sobre execução forçada e vendas judiciais são as mesmas concernentes aos bens imóveis.

A enfiteuse, como direito real limitado, faz-se com elementos que resultam de *restrição* ao conteúdo, quanto ao exercício, do direito de propriedade. Não há qualquer limitação ao domínio; só há restrição. O domínio não *diminui;* restringe-se, isto é, elementos que, levados à formação do conteúdo do direito enfitêutico, não causam diminuição ao conteúdo do domínio, deixam de ser à disposição do senhorio. A enfiteuse como que recobre o domínio, não o destrói, nem lhe arranca elementos essenciais. Se bem que o direito do enfiteuta seja mais extenso e mais intenso do que o direito do usufrutuário, ou do usuário, ou do habitador, ou dos titulares das servidões, não há diferença de natureza entre eles, como direitos reais limitados. Na enumeração dos direitos reais limitados, colocou-o em primeiro lugar o Código Civil; acertadamente, porque não é *outro* domínio e a distância entre êle e as servidões não lhes apaga os traços comuns.

3.PESSOAS FÍSICAS E PESSOAS JURÍDICAS. Tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas podem constituir enfiteuse e adquirir direito enfitêutico. Quem pode adquirir o domínio pode ser enfiteuta. Quem tem domínio pode retirar dele os elementos necessários à constituição de direitos reais limitados, inclusive a enfiteuse. Não há regras jurídicas especiais às enfiteuses em que o titular do domínio ou o titular do direito enfitêutico é pessoa jurídica. Se alguma lei especial regula a enfiteuse constituída por entidades estatais, de economia mista, ou quaisquer pessoas jurídicas, ou algumas delas, são de observar-se os seguintes princípios de fontes e interpretação das leis: a) onde não estatuíu expressamente em contrário a *ler apecialis,* são de incidir as regras jurídicas do Código Civil, quer proibitivas ou imperativas (cogentes), quer dispositivas, quer interpretativas; *b)* se a *lex specialis* atinge alguma regra jurídica do Código Civil, a interpretação é estrita; o) onde a *lez specialis* apenas mudou a incidência da regra jurídica do direito geral, *e.* g., fazendo dispositiva a regra jurídica cogente, trata-se como em *b).*

4.PERPETUIDADE DÁ ENFITEUSE. Nas Ordenações Filipinas, Livro IV,

Título 38, pr., falava-se da

"herdade, casa, vinha, ou outra possessão aforada para sempre, ou para certas pessoas, ou a tempo certo de dez anos, ou daí para cima~~ mas o Alvará de 3 de novembro de 1757 veio mudar o direito:

"Que todos os contratos que não forem de aforamento enfatiota, ou em vidas com inteira transíação do útil domínio, ou para sempre, ou pelo menos pelas referidas três vidas, se julguem de simples locação ordinária, sem que seja visto transferir-se por eles domínio algum em favor dos locatários. Porém aqueles inquilinos, ou rendeiros, que se acharem na efetiva habitação ou posse das casas, ou prédios arrendados antes da publicação deste Alvará, não serão por ele excluídos ; contanto que fiquem sem privilégio algum para alegarem o tal arren damento de longo tempo; antes ficarão reputados por simples inquilinos para todos os casos, em que haviam de ser expulsos, se tais arrendamentos de dez ou de mais anos não houvesse". O art. 679 veio estabelecer terceira fase: "O contrato de enfiteuse é perpétuo. A enfiteuse por tempo limitado considera-se arrendamento, e como tal se rege". Noutros termos: a enfiteuse é direito real temporalmente ilimitado; se se chamou enfiteuse a direito por alguma vida, ou algumas vidas, ou por algum tempo, não é de enfiteuse que se trata, mas de arrendamento.

A despeito do *nomen,* nenhuma regra jurídica dos arts. 678-694 pode ser invocada. Trata-se de arrendamentos *ad longunv tem pus,* e não de enfiteuses. Nenhuma transíação de domínio .

5.PERPETUIDADE E FIDEICOMISSO DA ENFITEUSE. As enfiteuses, segundo o Código Civil, são perpétuas. O fideicomisso de enfiteuses somente pode ir até o segundo grau (Código Civil, art. 1.739). Não as pode haver, portanto, "hereditárias puras", como se dizia. Se a enfiteuse é em fideicomisso, a alienação pelo enfiteuta rege-se pelos arts. 683, 685 e 688, mas o adquirente ou o senhorio que exerceu o direito de preferência somente recebe propriedade restrita e resolúvel (art. 1.734). Se antes do enfiteuta falece o fideicomissário, extingue-se o fideicomisso. e o enfiteuta está na situação de qualquer outro. Se o que seria enfiteuta renuncia à herança, não há fideicomissão; se a renúncia é por parte do fideicomissário, idem. Tal renúncia nada tem com a *remissão* do art. 691, ou do art. 687, 2~a parte. Nessas espécies , o senhorio recebe direito enfitêutico pelo tempo da fidúcia.

6.ELEMENTOS ESSENCIAIS E ELEMENTOS ACIDENTAIS DA ENFITEUSE. (a) No direito brasileiro de hoje, a enfiteuse só se constitui de acordo com o art. 134, II, de modo que, se o valor do prédio é de mais de dez mil cruzeiros, só se pode enfiteuticar ou subenfiteuticar por escritura pública (cp. Ordenações Filipinas, Livro IN, Titulo 59, onde só se exigia a escritura pública como prova).

(b)A indivisibilidade não é requisito essencial. Pode o senhorio permitir a divisão pelos herdeiros do enfiteuta, ou em vida do enfiteuta. A indivisibilidade é favor ao senhorio (art. 690: "Quando o prédio emprazado vier a pertencer a várias pessoas~ estas, dentro em seis meses, elegerão um cabecel, sob pena de se devolver ao senhorio o direito de escolha"; § 2.0: "Se, porém, o senhorio direto convier na divisão do prazo, cada uma das glebas em que for dividido constituirá prazo distinto"). Aliás, assim já era no direito anterior (Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 36, ~ 1, e Título 96, § 23; Lei de 6 de março de 1669).

(c)Diz o art. 683: "O enfiteuta, ou foreiro, não pode vender nem dar em pagamento o domínio útil, sem prévio aviso ao senhorio direito para este exerça o direito de opção; e o senhorio direto tem trinta dias para declarar, por escrito, datadar assinado, que quer a preferência na alienação, pelo mespreço e nas mesmas condições".

discutiu-se se era essencial

ou não êsse ponto; isto é, hoje, se~ o art. 683 é cogente ou dispositivo.

(d) Não há enfiteuse sem pensar ; de modo que, se não se fixou pensão, de outro direito real e há de cogitar, como, por exemplo, usufruto (FRANCISCO PI METRO, *De Censu et Emhyteusi Tractatus,* 275 s.; *MELO*

REIRE, *Institutiones,* IN.

Mas é de repelir-se que possa exigir pensão se o prédio totalmente ato ilícito do enfiteuta.

(e) No direito brasileiro de hoje, não há enfiteuse temporânea . Todas silo perpétuas. As que não eram perpétuas, ao tempo de incidir o Código Civil, fizeram-se arrendamentos.

A transmissão da posse não é pressuposto para a aquisição do direito real de enfiteuse (L. 1, § 1, O., *si ager vectigalis, id est emphyteutwarius, petatur,* 6, 3). Sobre isso, G. A. W. DU ReI (Noch einige Bemerkungen

tiber *actio in. vem* und *obligatio, Árch,iv flir die civilistische Prazis,* VI, 397) ; sem razão, A. C. J. ScHMm *(Handbuch,* II, 10), O. LENEL (Parteiabsicht und Rechtserfolg, *Jahrbiiclzer fãr die Dogrnatilc,* 19, 191) e li.

DERNEURO *(Pandelctcn, ~,* 7A ed., 637).

Se o senhorio constitui a enfiteuse, porque consta do registro como dono do prédio, mas lhe falta a posse, entende-se que o enfiteuta pode exercer a ação possessória contra o terceiro, como o senhorio a poderia exercer, para, depois, lhe dar a posse.

7.DESTINAÇÃO Do PRÉDIO ENFITEUSE. Diz o art. 680 do Código civil: "Só podem ser objeto de enfiteuse terras não cultivadas o\i terrenos que se delinem a edificação". A exigência apenas concerne à ação da enfiteuse. Supõe -se que ainda não haja cultura s terras, ou não haja cultura satisfatória, ou que erro não esteja edificado. Seria contra o art. 680 se o proprietário do terreno edificado constituísse enfiteuse, de modo que passariam terreno e prédio a ser objeto de direito enfitéutico. Bem assim, a constituição da enfiteuse se a fazenda já está explorada com fazenda de café, ou com usina de açúcar.

§ 2.155. Conceito de subenfiteuse

1.REFERÊNCIA LEGAL AO CONCEITO. Subenfiteuse é o direito real limitado, com conteúdo de enfiteuse, outorgado pelo enfiteuta. t a segunda enfiteuse, mas por diferente outorgante. O senhorio e o enfiteuta só podem outorgar uma vez. Diz o art. 694: "A subenfiteuse está sujeita às mesmas disposições que a enfiteuse. A dos terrenos de marinha e acrescidos será regulada em lei especial". A subenfiteuticação só é permitida se não houve, na investidura, pacto expresso que a proibiu. Se houve tal pacto, a constituição de subenfiteuse é ineficaz (= faltara poder de disposição ao enfiteuta). Todavia, se não houve o pacto, à constituição da enfiteuse é de exigir-se o assentimento do senhorio, que tem direito de preferência à subenfiteuse.

2. NATUREZA DA SUBENFITEUSE. A subenfiteuse não é enfiteuse de segundo grau: de segundo grau é a enfiteuse do fideicomissário. A subenfiteuse é direito real limitado, como a enfiteuse, mas constituído com parte do conteúdo da enfiteuse, contemporâneamente. O que vai ao subenfiteuta é quase tudo, porém não tudo que tem o enfiteuta. Se tudo fosse, a enfiteuse extinguir-se-ia; e ela não se extingue com o fato

da subenfiteuticação. Os direitos que restam ao enfiteuta são direitos que ficaram ao senhorio quando enfiteuticou:

"similiter primum emphyteutam habere omnia iura", dizia ÁLVARO VALASCO, "quae dominus directus". O

que importa é que tudo se passe sem ofensa dos direitos do senhorio. A pensão, que lhe cabia, persiste; e dele depende que se permita pagar-lhe, diretamente, o subenfiteuta.

O senhorio tem de assentir. Pode exercer o direito de preferência, porque enfiteuticação é algo de alienação; o pacto com o enfiteuta pode prever a enfiteuticação sem assentimento, como poderia prever a alienação sem que precise assentir o senhorio.

A existência de domínio e de direito real limitado, que lhe *restringe* o conteúdo sem o *limitar,* a muitos espanta.

Nas matemáticas, os conjuntos podem existir com elementos, números, que sejam *vazios.* O *usus,* o *fructus* e o *abusus,* que se tiram ao conteúdo do domínio, deixam-no incólume como domínio. O que ocorre com a enfiteuse ocorre com o usufruto, o uso, a habitação e as servidões, que todos são direitos reais limitados.

Semelhantemente, com a locação e os outros direitos pessoais que atribuem *usus, fructus* e *abusus.*

3.COMPOSIÇÃO DA SUBENFITEUSE. Na subenfiteuse, o direito do enfiteuta passa pela mesma extração de elementos por que passara o domínio, *menos* um, que faz o núcleo dos direitos do enfiteuta, como o que ficou ao senhorio lhe permite continuar de ter direitos a despeito do que se restringira ao domínio. O enfiteuta somente pode atribuir ao subenfiteuta aquilo que tem. O subenfiteuta assume perante o enfiteuta os deveres e obrigações que tem êsse para com o senhorio, *ou menos, ou mais,* desde que se trate de pontos regidos por direito dispositivo. Se o enfiteuta se despojou de todos os direitos e pretensões e atribuiu ao subenfiteuta solver as obrigações com o senhorio, *e.g.,* depositando na conta bancária desse a pensão, é *quaestio tacti,* questão de interpretação do negócio jurídico, saber-se se houve subenfiteuticação ou transferência do direito enfitêutico.

Sempre se fêz diferença entre *subemphyteuticare* e *trans! erre omite jus in secundum empkyteutam.*

Quem subenfiteutica é o enfiteuta e somente êle pode subenfiteuticar,

salvo se a constituição da enfiteuse e da subenfiteuse são simultâneas e o enfiteuta já recebe a enfiteuse, deduzida a subenfiteuse.

A subenfiteuse não se admite em alguns sistemas jurídicos *(e.g.,* no italiano, Código Civil de 1865, art. 1.562, última alínea, e Código Civil italiano vigente, art. 968).

CAPÍTULO II

CONSTITUIÇÃO DA ENFITEUSE

§ 2.156. Generalidades

1.CONSTITUIÇÃO NEGOCIAL DA ENFITEUSE. Diz o art.678: "Dá-se a enfiteuse, aforamento, ou aprazamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto urna pensão, ou foro, anual, certo e invariável". A regra jurídica do art. 678 não pré-exclui nem exclui a constituibilidade da enfiteuse por lei, como se o Estado, em vez de regular a situação dos posseiros ou dos possuidores de terras públicas, estabelece, em lei, que, a partir de tal data ou satisfeitas certas exigências, os interessados, com posse, se tornem enfiteutas.

O art. 678 só se refere *à* constituição mediante negócio jurídico . O negócio jurídico de constituição de enfiteuse ou é bilateral ou unilateral. Bilateral, há de haver o *acordo* e o *registro.* Se houve outro negócio jurídico de que emanou o acordo, a causalidade de tal negócio jurídico, se êle é causal, não se contagia ao acordo de constituição, que é abstrato.

A condição resolutiva a favor do senhorio é nula, por fraude a lei, que estabeleceu a perpetuidade da enfiteuse.

Isso no importa em se vedar a herança do direito enfitêutico em fideicomisso, nem a resolubilidade a favor do alienante do direito enfitêutico. A favor do senhorio, seria erro ver-se na inserção da condição resolutiva fonte de obrigação natural (Código Civil, art. 970), para se objetar *à condictio indebiti.*

2.NEGÓCIO JURÍDICO HÁSICO E ACORDO DE CONSTITUIÇÃO DA

ENFITEUSE. O acordo de constituição do direito enfitêuticO é inconfundível com o negócio jurídico que tem por base (compra-e-venda, doação ou legado). A escritura pública é de exigir-se conforme o art. 134, II. Se se concebeu como contrato de compra-e-venda, tem-se a pensão, ou foro, anual, como preço. Melhor é redigir-se o negócio jurídico de outorga como hásico, seguindo-se o acordo de constituição, se bem que, *em caso de dúvida* (não dispositivamente!), se haja de ter àquele como compreensivo dos dois (negócio jurídico hásico e acordo de constituição do gravame). A eficácia real só se inicia com o registro.

Quanto ao legado, regem os princípios do direito das sucessões. Também pode a enfiteuse resultar de partilha feita em vida, ou em testamento, pelo decujo genitor (Código Civil, art. 1.776), ou de partilha amigável feita pelos herdeiros capazes (art. 1.773), ou de divisão.

A constituição da enfiteuse pode, ainda, provir de desapropriação (art. 590).

O direito brasileiro desconhece a aquisição de direito real limitado por usucapião, ou o direito ao registro, salvo em se tratando de servidão aparente (Código Civil, art. 698). Assim, tudo que se bordou, no direito anterior, a respeito de usucapião de enfiteuse, hoje nenhuma incidência pode ter.

8.DISPOSIÇÕES DE ÚLTIMA VONTADE E ENFITEUSE. A constituição da enfiteuse por testamento é como a constituição de qualquer outro direito real limitado. Não depende do registro. Depende de registro a constituição por atos jurídicos entre vivos (Código Civil, arts. 676 e 678). MEIA FREIRE *(Institutiones,* 1H, 135) construiu a constituição da enfiteuse por disposição testamentária como condicional: “pro condicionale fere habendum est”. LACERDA DE ALMEIDA *(Direito das Coisas,* 1, 428) achou “mais acertado entendê-la..

. como criando a obrig~ção de constituir, que constituindo a enfiteuse”, o que é de repelir-se. A enfiteuse constitui-se desde a morte do decujo, salvo se êsse dispôs que posteriormente se constituísse. Por outro lado, não há aceitação da enfiteuticação ou da subenfiteuticação por ato de última vontade, confusão entre *aceitação* de constituição de enfiteuse por declaração unilateral de vontade, o que já é contradição, e *aceitação da herança* (arts. 1.581-1.590) ou *do legado.* Não há qualquer acordo quanto à enfiteuse ou à subenfiteuse constituída por disposição de última vontade.

4.ENFITEUSE E USUCAPIÃO. - Se alguém recebe como em enfiteuse o prédio que não pertencia ao outorgante e houve sentença trAnsita em julgado a êsse respeito, tendo sido reivindicado o prédio pelo verdadeiro dono, ou o) êsse também propôs ação de reivindicação contra o enfiteuta e a enfiteuse desaparece, ou *lO* não propôs e ainda a pode propor por não estar prescrita a ação de reivindicação contra o enfiteuta e a propõe, ou *c)* não mais a pode propor, por estar prescrita. Nas espécies a) e *b),* desconstitui-se o registro, mas a ação executiva do reivindicante se funda na *ineficácia relativa* da constituição. Na espécie *c),* tudo permanece como estava, porque, alegando o enfiteuta a prescrição da pretensão reivindicatória, nada se pode alterar ao registro, que continua eficaz. Os que vêem aí usucapião de enfiteuse erram *(e. g.,* LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das Coisas,* 1, 432). Na L. 1.2, § 2, D., *de Publiciana in rem actione,* 6, 2, PAULO foi claríssimo: "In vectigalibus et aliis praediis, quae usucapi non possunt". Diante disso, absurda é a analogia com as servidões (art. 698), a que se agarrara B. WINDSCHETD *(Lehrbuch,* 1, § 221). No sistema jurídico brasileiro, não há, sequer, a *usucapio usufructus.* Também a distinção entre a aquisição *inicial* da enfiteuse e a aquisição *por transmissão,* que se quis insinuar, é de afastar-se, energicamente , porque, se, ali, não se pode pensar em constituir pela posse (hoje, a *fortiori,* devido à necessidade de registro, se há ato jurídico entre vivos, art. 676), também não seria admissível adquirir-se por usucapião, tendo precedido ato de transmissão pelo *nou dominus,* ou sem validade ou eficácia. O que se passa é que pode prescrever a ação para a reivindicação contra o que consta do registro como enfiteuta, mas isso nada tem com a usucapião.

Negaram qualquer usucapião de enfiteuse H. DONELO, *5.O.* ZIMMERN *(Rdrnisch-rechtliclte Unteisuchungen,* 127 s.), C.BÚCHEL *(Civilistischc Erdrterungen,* IN, 148), F. A. SCHILLING *(Lehrbuch,* 598) e outros. Só admitiam usucapião transiativa 1(. A. D. tJNTERHOLZNER *(Veritihrungslehre,* II, 247-259), A. A. ~„ON BUCHHOLZ *(Juristisefle Ablwndlungen,* 321), F. SINTENIS *(Das praktische gemeine Civilrecht,* 538) e E.PÉPIN LE HALLEUR *(Histoire de l"Emnpliytéose,* 103 s.). Em geral, utilizando argumentos diferentes, fora das fontes, D. MEno *(Decúiones,* IN, d. 288), K. An. v. VANGEROW *(Leitfadeit,* 1, 905 s.), CER. FR. VON GLtYCK *(Ausfiihrliche Erlãuterung der Pandekten,* VIN, 649) e FRANCKE (Fúr die ordentliche Ersitzung der Emphyteusis und Superficies, *Archiv flir die civinstische Praxis,* 44, 116 s.).

MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Tratado prático e critico de todo o Direito enfitéutico,* 1, 82 si aproximou-se da verdade, vendo, apenas, a prescrição (encobrimento de eficácia da pretensão reivindicatória) e a

mudança de senhorio ("... ainda que João acione, e vença a Pedro, possuidor sem titulo, ou de má fé, sempre Paulo fica com o domínio útil, e só varia de senhorio").

Se alguém paga pensões a quem se diz dono do prédio, ou o é, por mais tempo que o faça não adquire enfiteuse. O que se pode dar é que, na falta de registro, por ter desaparecido, ou não sey exigido ao tempo da constituição da enfiteuse, os pagamentos sirvam de prova do reconhecimento pelo pretendido ou verdadeiro dono do prédio. Com a exigência do registro, tais espécies vão perdendo de importância, mesmo porque nenhum negócio jurídico entre vivos sobre enfiteuse pode ser registrado sem haver registro anterior. É preciso que se não confundam constituição e prova dos direitos reais. Tão-pouco gera enfiteuse pagar-se por muito tempo pensão enfitêutica a quem não é dono, ainda que o possuidor a pague sendo dono do bem.

A afirmação de que enfiteuse também se adquire por usucapião, depois do Código Civil, aberra dos princípios do Código Civil. O art. 678 é explícito, *verbis* "ato entre vivos, ou de última vontade". Errados os julgados do Tribunal de Apelação de Alagoas, a 23 de janeiro de 1948 *(R. de J.,* 82, 86) e a 3 de fevereiro do mesmo ano *(O*

D., 57, 335), e da 1.~ Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, a 29 de abril de 1947 (1?. *dos T.* da Bahia, 38, 493). O art. 676 é de clareza que torna impertinentes as conclusões de tais julgados: "Os direitos reais sobre imóveis constituídos ou transmitidos por atos entre vivos só se adquirem depois da transcrição, ou da inscrição, no registro de imóveis, dos referidos títulos (arts. 530, n. 1, e 856), salvo os casos expressos neste Código".

,Onde a exceção expressa, a respeito de enfiteuse? Há, quanto às servidões aparentes (art. 698). ~Onde, quanto à enfiteuse? Certa, a □

2 a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 7 de maio de 1943 *(.1. do 3. T. F.,* 18, 80).

5. TERRAS ENFITETJTIcÁVEIS. Objeto da enfiteuse são o uso e o fruto do prédio. Diz o art. 680: "Só podem ser objeto de enfiteuse terras não cultivadas ou terrenos que se destinem a edificação". A regra jurídica do art. 680 contém reminiscência da originária função da enfiteuse: promove o cultivo das terras. Tanto importa cultivar quanto manter cultivadas as terras. A despeito disso, o art. 680 refere-se a terras não cultivadas, deixando pensar-se que terras cultivadas não podem ser enfiteuticadas. Mas logo acrescentou que o podem ser as terras que se destinem à edificação. O que já está cultivado, destinar-se à

edificação, pode ser objeto de enfiteuse; outros ou, o que está edificado e pode destinar-se à cultura, no que ainda não foi aproveitado para edifícios.

6.ENFITEUTICAÇÃO O PELO ESTADO. O ato da União, ou dos Estados-membros, ou do Distrito Federal, ou dos Municique pios defere o pedido de enfiteuticação é ato de direito administrativo (di A. M. PERDIGÃO

MALHEIRO, *Manual do Procuraçõess,* § 307), mas a constituição ou resulta de *lez epecialis* ou e regula pelo Código Civil. O enfiteuse dos terrenos da União rege-se pelo Decreto-lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946, arts. 99-129. onde se tem de explicitar o direito e não há regra jurídica da *lez specialis,* rege o Código Civil. Lei ou ato do Presidente da República é indispensável para que qualquer área pertencente à União se repute *enfiteuticável.* Subentende-se, para que valha e seja eficaz o ato do Presidente da República, que, a respeito da área de que se trata, haja lei que permita a enfiteuticação mediante prévia *autorização* do Presidente da República. É assim que se há de entender o art. 99 do Decreto-

-lei n. 9.760: "A utilização do terreno da União sob regime de aforamento dependerá de prévia autorização do Presidente da República, salvo se já permitida em expressa disposição de lei". Ou a enfiteuticabilidade resultou da lei mesma, ou de lei que a permitiu após autorização do Presidente da República.

No parágrafo único do art. 99, o Decreto-lei n. 9.760, acrescentou :~ "Em se tratando de terreno beneficiado com construção constituída de unidades autônomas, ou, comprovadamente, para tal fim destinado, o aforamento poderá ter por objeto as partes ideais correspondentes às mesmas unidades".

A construção jurídica, que o art. 19, parágrafo único, do Decreto-lei n. 9.760 suscita, é sutil, mas de grande significação teórica e prática. Se no terreno já há construções distintas, ou se vai, comprovadamente, ter tais construções distintas, há a aquisição das construções de per si e o aforamento das partes ideais do terreno. A aquisição das construções, correspondentes às partes ideais, ou se faz *antes* ou *simultânea.mente* com o ato de constituição da enfiteuse, ou *resulta* da constituição da enfiteuse, devido àquela correspondência entre partes ideais e construções existentes ou futuras. Daí ter-se de presumir incluso na contraprestação pelo ato de constituição da enfiteuse o preço da construção, se houve contraprestação, ou incluso na pensão

enfitêutica.

A figura jurídica que se compõe com a espécie do art. 99, parágrafo único, do Decreto-lei n. 9.760, é a da enfiteuse de partes indivisas, mas em prédio sob comunhão *iuro diviso* ou destinado a comunhão *pro diviso.*

Lê-se no art. 100 do Decreto-lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946: "A aplicação do regime de aforamento a terras da União, quando autorizada na forma deste Decreto-lei, compete ao S. P. ti. (Serviço do Patrimônio da União), sujeita, porém, a prévia audiência: a) dos Ministérios da Guerra, por intermédio dos Comandos das Regiões Militares; da Marinha, por intermédio das Capitanias dos Portos; da Aeronáutica, por intermédio dos Comandos das Zonas Aéreas, quando se tratar de terrenos situados dentro da faixa de fronteiras da faixa de 100

metros ao longo da costa marítima ou de uma circunferência de mil trezentos e vinte metros de raio em tôrno das fortificações e estabelecimentos militares; b) do Ministério da Agricultura, por intermédio dos seus órgãos locais interessados, quando se tratar de terras suscetíveis de aproveitamento agrícola ou pastoril; c) do Ministério da Viação e Obras Públicas, por intermédio de seus órgãos próprios locais, quando se tratar de terrenos situados nas proximidades de obras portuárias, ferroviárias, rodoviárias, de saneamento ou de irrigação; d) das Prefeituras Municipais, quando se tratar de terreno situado em zona que esteja sendo urbanizada". E no seu § 1.0:

"A consulta versará sobre zona determinada, devidamente caracterizada". E no § 29: "Os órgãos consultados deverão se pronunciar dentro de trinta dias do recebimento da consulta, prazo que poderá ser prorrogado por outros dias, quando solicitado, importando o silêncio em assentimento à aplicação do regime enfitêutico na zona caracterizada na consulta". E no § 3.0:

"As impugnações, que se poderão restringir a parte da zona sobre que haja versado a consulta, deverão ser devidamente fundamentadas". E no § 4.0: "O aforamento, à vista de ponderações dos órgãos consultados, poderá subordinar-se a condições especiais". E no § 59: "Considerando improcedente a impugnação, o 5. P. ti.

submeterá o. fato à decisão do Ministro da Fazenda".

Lê-se no art. 104 do Decreto-lei n. 9.760: "Decidida a aplicação do

regime enfitêutico a terrenos compreendidos em determinada zona, o 5. P. U. notificará os interessados para que requeiram o aforamento dentro do prazo de noventa dias, sob pena: a) de perda de direitos que por ventura lhes assistam; ou b) de pagamento em dôbro da taxa de ocupação". E no seu parágrafo único: "A notificação será feita por edital afixado durante 15 dias na repartição arrecadadora da Fazenda Nacional com jurisdição na localidade do imóvel publicado 3 vêzes durante êsse período no órgão local que inserir os atos oficiais, e, sempre que houver interessado conhecido, por cartas. registrada".

Estatui o art. 105 do Decreto-lei n. 9.760: "Tem preferência ao aforamento: 1.0) os que tiverem titulo de propriedade devidamente transcrito no Registro de Imóveis; 2.0) os que estejam na posse dos terrenos, com fundamento em título outorgado pelos Estados ou Municípios; 3.0) os que, necessariamente , utilizam os terrenos para acesso às suas propriedades; 4.0) os ocupantes inscritos até o ano de 1940, e que estejam quites com o pagamento das devidas taxas, quanto aos terrenos de marinha e seus acrescidos; 59) os que, possuindo benfeitorias, estiverem cultivando, por si e regularmente, terras da União, quanto às reservadas para exploração agrícola, na forma do art. 65; 6.~) os concessionários de terrenos de marinha, quanto aos seus acrescidos, desde que êstes possam constituir unidades autônomas; 7.0) os que no terreno possuam benfeitorias, anteriores ao ano de 1940, de valor apreciável em relação ao daquele ; Sfr) os concessionários de serviços públicos, quanto aos terrenos julgados necessários a esses serviços, a critério do Governo; 9.0) os pescadores ou colônias de pescadores, que se obrigarem a manter estabelecimento de pesca ou indústria correlata quanto aos terrenos julgados apropriados; 10.0) os ocupantes de que trata o art. 133, quanto às terras devolutas situadas nos Territórios Federais". E o seu parágrafo único: "As questões sobre propriedade, servidão e posse são da competência dos Tribunais Judiciais Estabelece o art. 106 do Decreto-lei n. 9.760: "Os pedidos de aforamento serão dirigidos ao Chefe do órgão local do 5.E U., acompanhados dos documentos comprobatórios dos direitos alegados pelo interessado e de plantas ou "croquis" que identifique o terreno".

Diz o art. 107 do Decreto-lei n. 9.760: "Expirado o prazo de que trata o art. 104, e apurado o direito do requerente, proceder-se-á à diligência de medição e avaliação do terreno". E o seu § 1.0: "A data da diligência será comunicada, com antecedência não inferior a dez dias, por cartas. registada, aos interessados conhecidos e, por edital, publicado uma só vez e na forma do parágrafo único do artigo 104, a todos os demais". E o § 2.0:

“Da diligência será lavrado termo circunstanciado, do qual será dada ciência aos interessados, marcando-selhes o prazo de 10 dias, para apresentação dos protestos ou reclamações”. E o § 3.0: “As despesas com a publicação do edital e com o transporte do pessoal incumbido da diligência correrão por conta do requerente”.

Lê-se no art. 108 do Decreto-lei n. 9.760: “Decorrido o prazo mencionado no § 29 do artigo anterior e apreciadas as reclamações que tenham sido apresentadas, o Chefe do órgão local do 5. P. ti., calculado o foro devido, concederá o aforamento, *~d referendum* do Diretor do mesmo Serviço, recolhidos os tributos porventura devidos à Fazenda Nacional”.

Estatui o art. 109 do Decreto-lei n. 9.760: “Aprovada a concessão, lavrar-se-á em livro próprio do 5. P. U., o contrato enfitêutico, de que constarão as condições estabelecidas e as características do terreno aforado”.

O momento em que se constitui a enfiteuse é o em que Estado e outo~gado assinam o *contrato enfitéutico ,* se o bem é das classes qo art. 66, 1 e II, do Código Civil. Se se trata de dominical (Código Civil, art. 66, IN), salvo *lar specialis,* tem de ser levado ao registro de imóveis o contrato enfitêutico. O vínculo de direito administrativo forma-se com a coúclusão do contrato enfitêutico, mas é preciso „que se registe, salvo *lex iecialis,* para que o direito real limitado se constitua.

Estabelece o art. 110 do Decreto-lei n. 9.760: “Expirado o prazo de que trata o art. 104, o 5. P. Ú. promoverá a alienação do direito ao aforamento dos terrenos desocupados e inscreverá para cobrança em dôbro da taxa de ocupação, os que se encontrarem na posse de quem não tenha atendido à notificação a que se refere o mesmo artigo”.

Diz o art. 111 do Decreto-lei n. 9.760: “A alienação do direito ao aforamento se fará em concorrência pública, por preço não inferior a importância correspondente a 80% do valor do domínio pleno do terreno”. E o seu §

1.0: “Do edital de concorrência constará a discriminação do terreno e a importância do foro a que o mesmo ficará sujeito”. E o seu § 2.0:

“Só serão tomadas em consideração as propostas dos concorrentes que previamente tenham caucionado em favor da União importância correspondente a três por cento da base de licitação”. E o seu § 3.~: “Perderá a caução o proponente que, aceita a sua proposta e aprovada a concorrência, não efetuar o pagamento dentro do prazo de sessenta

dias, que lhe for marcado". E o seu § 4.0: "Efetuado o pagamento do preço oferecido, lavrar-se-á o contrato enfitêutico na forma do art. 109".

A aceitação da proposta, com aprovação da concorrência, estabelece a irrevogabilidade do proposto e a aceitação mesma é irrevogável. Donde as conseqüências: a) se o proponente não paga (pagamento *prévio,* para que se conclua o contrato enfitêutico), perde a caução, resolvido o pré-contrato concorrencial, pois a lei entendeu separar o pré-contrato e o contrato; b) se o Estado deixa de fazer o contrato enfitêutico, inclusive se foi citado em preceito cominatório, responde por perdas e danos.

§ 2.157. Constituição da subenfiteuse

1. CONSTITUÍÇÃO NEGOCIAL DA SUBENEITEUSE. A subenfiteuse constitui-se por negócio jurídico entre vivos ou a causa de morte com os mesmos princípios que a enfiteuse. Não há usucapião de subenfiteuse como não na há de enfiteuse.

2.SUBENFITEUSE PARCIAL E SUBENFITEUSE TOTAL. - O enfiteuta que pode subefiteuticar pode constitui-Ia para todo o prédio enfitêutico, ou para parte dele. Os outorgados podem ser dois ou mais, ou um só; nada obsta, por outro lado, à subenfiteuticação *pra indiviso* ou *pro divisa.*

Já dissemos (e convém repetir) que a subenfiteuse é enfiteuse constituída pelo enfiteuta, e não segunda fase da enfiteuse, como seria a enfiteuse com fideicomisso.

CAPÍTULO IN

DEVERES E OBRIGAÇÕES DO ENFITEUTA

§ 2.158. Relação jurídica da enfiteuse

1.ENFITEUTA E SENHORIO. Os deveres e obrigações do enfiteuta ou são perante o Estado (União, Estado-membro, Distrito Federal,

Território, Município), ou são perante o senhorio, ou perante terceiros. Aqui só nos interessam os deveres e obrigações em relação ao senhorio, ou em relação ao Estado, no que se discriminam deveres e obrigações do enfiteuta e deveres e obrigações do senhorio.

2.RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE SENHORIO E ENFITEUTA. A relação jurídica entre senhorio e enfiteuta é relação jurídica *real.* Exerce direitos e deveres quem é, no momento, o enfiteuta. ou quem é, no momento, o senhorio. Algumas relações jurídicas em que é sujeito , ativo ou passivo, o senhorio, ou o enfiteuta, podem ser de interesse para o outro, mas as regras jurídicas a respeito tem caráter de explicitação.

8.TRIBUTOS ESTATAIS E ÔNUS REAIS. Diz o Código Civil, no art. 682: "É obrigado o enfiteuta a satisfazer os impostos e os ônus reais que gravarem o imóvel". "Impostos" está, aí, por tributos (impostos, taxas, contribuições que incumbem ao titular do direito de propriedade, que a enfiteuse substitui, na relação jurídica de direito público, pelo enfiteuta). Ônus reais são, aí, quaisquer ônus reais, que não gravem apenas o dominio .

É de discutir-se se o art. 682 é cogente ou dispositivo.

A resposta exige que se entenda, com toda a *ratio legis,* o art.

682. Nêle, pôs-se por princípio que responsável pelos tributos é o enfiteuta. Ainda se se trata de bem que não era enfitêutico, isto é, quanto aos tributos anteriores à enfiteuticação (MANUEL ÁLVARES PÉCAS, *Resolutiones Forenses,* IN, 293, onde se transcreve acórdão do Desembargo do Paço, a 7 de dezembro de 1634; FRANCISCO PINHEIRO, *De Censu et Emphyteusi Tractatus,* 378: ..... quod de oneribus seu tributis realibus communiter intellegitur ... Imperatores quae leges agunt de oneribus, et tributis realibus, statuunt que talia onera transire in possessores praediorum etiam quoad obligationem solvendi pensiones decursas, quse ab antiquis possessores solutae non sunt").

A subjetividade passiva, que se assenta com a regra jurídica do art. 682, que, rigorosamente, é de direito público, e não de direito

privado, e de grande repercussão no direito público porque a êle ficam adstritos os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, é na *relação jurídica* que corresponde à tributação. Nada aconselhava a que se fizesse dispositiva, porque não invalida os pactos entre senhorio e enfiteuta. Tais pactos sempre existiram no direito luso-brasileiro (ÁLvARO VALASCO, *Quaestionvm luris emphyteutici,* q. 17, n.

24; FRANCISCO PINHEIRO, *De Ceneu et Emphyteusi Tract atue,* 379: a"... licet novus possessor pactum inierit cum antiquo possessore, a quo rem habet, ut non teneatur solvere ilIa onera realia, sed quod possessor antiquus ilís solvat; nam tunc etiam ipse novus possessor non manet liber in praeiudicium creditoris, cui talia onera debentur, sed potest ab eo cogi, ut es praestet..."). Entre si, com eficácia para o outorgante e o outorgado, podem senhorio e enfiteuta pactuar queseja aquele que pague os tributos e os ônus reais; mas tal pacto não pode ter eficácia contra os credores, a *fortiori* eficácia real (cf. MANUEL DE ALMEIDA E SOnSA, *Tratado prático e critico de todo o Direito enfitéutico , 1,* 347: "São tão inerentes aos prédios os encargos reais, a que antes da enfiteuticação estavam sujeitos, que por mais que os senhorios os tomem por si, e exonerem deles os foreiros, sempre êstes ficam sujeitos, e responsáveis ao Fisco e outras pessoas, a que os tais tributos, ou foros eram e são devidos:

e sendo válido o pacto respectivamente aos contraentes para deverem entre si indenizar-se, é nulo" devia dizer *ineficaz* "respectivamente ao fisco ou outro senhorio dos tais antecedentes encargos, porque lhe não prejudica").

1

Se algum tributo é sobre o valor do direito imobiliário ou da venda, o enfiteuta paga o que lhe toca e o enfiteuta o que corresponde ao direito enfitêutico. For exemplo: se o foro é de frutos, o que recai sobre a quota do senhorio, paga-o o senhorio; o que recai sobre o resto, pago-o o enfiteuta (FRANCISCO PINHEIRO, *Dc Consu et Emphyteusi Tractatus,* 380 e 382).

As contribuições de melhoria e as taxas de caminhos, fontes, calçadas, pontes, reprêsas, escoadouros, fossas, são pagas pelo enfiteuta.

No Código Civil italiano, art. 964, alínea 2~a, admitiu-se o pacto em contrário, contra o que se entendia sob o Código Civil de 1865, art. 1.865. Mas a doutrina saiu-se galhardamente, considerando sem eficácia contra os credores (ROMUALDO TRIFONE, Enfiteusi, *Conirnentario dcl Codigo Civile* de A. SCIALOJA e G.

BRANCA, IN, 47).

No direito romano, se o enfiteuta não pagava os tributos e ônus reais, podia ser pôsto fora do prédio (LEONARDO MAURO, *Ii Contratto di Enfiteusi,* 877). No direito luso-brasileiro não se distinguiram tributos e ônus reais novos e antigos (ÁLVARO VALASCO, *Quaestionnm furis emphyteutici,* q. 17, n. 7 e n. 21) fora posta de lado a opinião de JULIUS ALEXANDRINUS CLARUS *(Opera omnia sire practica civilis atque criminali.s,* II, L. IV, q. 46), salvo nos prazos a que se referia a Lei de 4 de julho de 1776. Tão-pouco influiram as regras jurídicas, atenuativas, dos Estados italianos (cf. G. PoGGI, *Saggio,* 1, 530 s., e II, 402; N.ALIANELLI, *Trattato dell*"*Enfitcusi,* 134). Nem as regras jurídicas canônicas sobre a *dativa reale,* ou a *rata commodi.*

Impostos e ônus reais, diz o art. 682. FRANCISCUS FUIGINEUS *(Tractatv.s de Iure ernphyteutico,* q. 10, n.

29, 170) dizia:

"Non solum emphyteuta teneatur ad tributa mere realia, hoc est, imposita rebus ipsis, sed etiam ad imposita personis pro rebus". O Código Civil, art. 682, não precisava referir-se a esses: uma vez que são pessoais, não têm efeitos reais, nem se podem estender a outra pessoa. Tratando-se de tributos, *~pro rebus* ou mesmo *ab.rem,* compreende-se que só atinjam o enfiteuta enquanto enfiteuta é, e nunca o senhorio: para que recaíssem no senhorio seria preciso que se lançassem pelo dominio, seu exercício ou sua renda. Impôsto ou taxa que concerne, em sua finalidade, ao combate de doenças das plantas ou animais, nada tem com o senhorio.

4. LOCAÇÕES FEITAS PELO ENFITEIUTA. As locações contraídas pelo enfiteuta devem ser tratadas como as de qualquer locador proprietário. Se a enfiteuse se extingue pelo comisso, ou pela renúncia excepcional, ou por outro negócio jurídico, não importa, haja ou não consolidação, bem assim se há fideicomisso, ou outra substituição subjetiva. O art. 1.197 do Código Civil é que rege a mor parte das espécies. Não tem pertinência dizer-se que as locações pelo enfiteuta levam consigo a suposição de seus. limites *(e. g.,* GIovANNI CARRARA, *Le Caducità enfiteutiche,* 183 5.); nem cabe pensar-se em ter de ser excepcional o tratamento das locações feitas pelo enfiteuta (cf. Vrro DE PIaRa, *Dell*"*Enfiteusi,* 389 s.; Ba«ío BaTia!, Delia Enfiteuse, *II Diritto Civile italiano,* VI. 631 s.). As locações em fraude dos direitos do senhorio não são em fraude de credor e não podem, somente por isso,

ser anuladas segundo o Código Civil, art. 106 (sem razão, D. SIMONCWÃu, em)1. D"AMELIO, *Codice Civile,* Libra delís Proprietà, 583). São ou *ineficazes,* ou *nidas* (se há fraude à lei).

- O que se disse sobre locações feitas pelo enfiteuta é de observar-se qualquer que seja a causa de extinção da enfiteuse *(causa voluntaria* ou *causa in voluntaria)*.

§ 2.159. Deveres do enfiteuta

1. O enfiteuta tem dever de aviso ao senhorio sempre que queira alienar, entre vivos, o direito enfitêutico. Ou para que o senhorio exerça o direito de preferência, ou para que verifique se não é caso dele e fique ciente da transferência.

No caso de morte do foreiro, não é preciso aviso; mas, para se atribuir todo o direito enfitêutico a um ou a alguns herdeiros, parque já se passa entre vivos a adjudicação.

A obrigação de pagar a pensão enfitêutica é obrigação real. Não é ônus real (sem razão, A. DE LUCA, *Cli Oneri reali e le Obbligazioni* ob rem, 112 s.; 1". MEssíNro, *Manuale di Diritto citile e commerciale,* II, 143 e 190).

~ Tem o enfiteuta de dizer quem é o pretendente, para que o senhorio verifique se é verdadeiro o que se lhe comunica, ou o art. 685 faz supor-se que não é preciso? O aviso tem de ser por escrita. Há de dizer-se quem quer adquirir, e já assim era ir direito comum. O senhorio pode ter interesse, por exemplo, em opor que o adquirente é incapaz ou inidôneo (cf. G. CENCETTI, *II Contra tto di Enfiteusi,* 62 s.).

2.PENSÃO ENFITÉUTICA E LAUDÊMIO . A pensão ou foro que o enfiteuta tem de pagar é o fruto do domínio, detracta a ele. As expressões "reconhecimento pelo enfiteuta", que aparecem em juristas dos séculos passados e nas leis *(e.g.,* Alvará d~ 26 de julho de 1813), hão de ser, hoje, postas de lado: o e4fiteuta deve o foro ou pensão; paga-o.

Não á enfiteuse sem cláusula que fixe o foro, ou sem critério para se fixar. Se o testador deixou de determiná-

lo, entende~e que atribuiu a arbitramento a determinação. O oficial de registo não pode inscrever negócio jurídico sobre constituição de

enfiteuse em que não se fale da pensão ou foro, determinado ou determinável (cp.

art. 1.123).

O foro ou pensão pode ser em dinheiro ou em frútos . Se, consistindo em frutos, é proporcional ao que se colheu, diz-se *ração.* Paga-se o foro ou pensão no domicilio do devedor, que é o enfiteuta, salvo se diversamente se convencionou, ou se as circunstâncias determinarem outro lugar (art. 950). O senhorio tem de ir receber, o que distingue do direito anterior o direito vigente. Só então há mora do enfiteuta. Não tem êsse o dever de depositar se o senhorio não veio receber; nem por deixar de pagar três anos consecutivos cai em comisso. A sanção de comisso supõe mora do enfiteuta, quanto a três anos consecutivos de foro. Assim não era no direito romano (L. 2, C., *de ernphuteutico iure,* 4, 66). O enfiteuta, no sistema do Código Civil, não tem de andar *à* procura do senhorio para pagar. Se lhe cabe pagar laudêmio, sim; tem de depositar, se não encontra o senhorio que assentira. Se o senhorio não pode ser interpelado, porque está em lugar ignorado, ou incerto, ou inacessível, ou desconhecido ou incerto é o interpelando (Código de Processo Civil, art. 177, 1), faz-se por edital a interpelação, e deposita-se o laudêmio. No direito anterior, entendia-se que a pensão havia de ser levada ao domicílio do senhorio (MANUEL DE ALMEIDA E SousÁ, *Tratado prático e critico de todo o Direito enfitêutico,* 1, 418 s.; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das Coisas,* 1, 454), salvo se. consistia em frutos e o senhorio habitava fora do domicílio do enfiteuta. No Código Civil não há regra jurídica que diga ter de ir o enfiteuta pagar o foro na residência do senhorio. Chegava-se ao extremo de se afirmar que o enfiteuta teria de levá-lo à nova residência do senhorio e de se ter como cogente regra de ir levar, com a divergência, aliás, de muitos.

3.PENSÕES ~ LAUDÊMIOS DAS ENFITEUSES ESTATAIS. Os terrenos aforados~pela União são sujeitos ao foro de seis décimo a por cento dó valor do respectivo domínio (Decreto-lei n. 9.760, de 5 de/ setembro de 1946, art. 101). Não se trata do valor ao tempo a constituição do aforamento, mas do valor de cada ano, *fizá ei* no ano anterior, mediante acordo ou judicial„1~ente, pois á de ser paga a pensão durante o primeiro trimestre e cada ano, “sob pena de multa de vinte por cento” (Decreto-lei n. 9.760, art. 101, § 1.0: “O pagamento do foro deverá ser efetuado adiantadamente durante o primeiro trimestre de cada ano, sob pena de multa de vinte por cento). O não-pagamento do foro durante três anos consecutivos importa na caducidade do aforamento (Decreto-lei n. 9.760, art. 101, § 2.~). A

caducidade não é *ipso iure,* pois os arts. 118-121 do Decreto-

-lei n. 9.760 cogitam da "revigoração".

A transferência das enfiteuses estatais depende de "prévia licença" do Serviço do Patrimônio da União (Decreto-lei n. 9.760, art. 112) e é devido o laudêmio.

CAPITULO IV

DEVERES E OBRIGAÇÕES DO SENHORIO

§ 2.160. Senhorio e deveres

1.RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE ENFITEUTA E SENHORIO. A relação jurídica entre o enfiteuta e o senhorio é real, e não pessoal: mude aquele, ou mude êsse, tudo se passa como se mudança não tivesse havido, salvo no que a mudança resulta de ato de disposição, porque há o dever de aviso ou êsse e o direito de preferência.

Se bem que o direito do senhorio, que é o domínio, seja, juridicamente, *prius,* o direito do enfiteuta econômícamente é mais alto. O dono do prédio tem direito às pensões, eventual-mente, aos laudêmios, e a expectativa de que pela renúncia, que é excepcional, ou pelo comisso, o direito enfitêutico lhe venha.

Pode o senhorio alienar o domínio; e a sucessão hereditária opera-se como a respeito dos bens alodiais. Pode hipotecar e dar em anticrese o domínio. Pode sobre êle constituir usufruto, uso ou habitação.

Sempre que a enfiteuse se extingue, sem que pereça o .prédio, os elementos que a compõem volvem ao senhorio. Nem sempre a extinção do direito de quem é o enfiteuta tem como conseqüência a extinção (objetiva) da enfiteuse. Então, o senhorio passa a ser titular de dois direitos, um, o domínio, e outro, o direito enfitêutico. Durante a pluralidade de direitos, não há dívida de pensões, nem de laudêmio, salvo se, na espécie, pertencem eles a patrimônios diferentes da mesma pessoa.

2. DIREITO DE PREFERÊNCIA DO ENFITEUTA. Diz o art.684: "Compete igualmente ao foreiro o direito de preferência, no caso de querer o senhorio vender o domínio direto ou dá-lo em pagamento.

Para êste efeito, ficará o dito senhorio sujeito à mesma obrigação imposta, em semelhantes circunstâncias, ao foreiro". Os arts.

683 e 685 incidem, por analogia, em se tratando do direito de preferência que tem o enfiteuta. Tudo se passa, portanto, à semelhança do que exporemos no Capítulo VII, inclusive quanto à ação constitutiva negativa do art.

685 e sua prescrição.

3. ALIENAÇÃO E PRETENSÃO À AQUISIÇÃO APÓS ELA. O art. 684 do Código Civil supõe a observância do art. 683, em se tratando de ato de disposição pelo senhorio. Poderia parecer que, vindo após êle o art. 685, êsse não seria de invocar-se. Todavia, não seria acertada tal ilação, por se tratar de criação do Código Civil, simétrica à situação do senhorio, que se conservou segundo o direito anterior a concebia.

§ 2.161. Dever de aviso

1. SENHORIO E DEVER DE AVISO. O senhorio tem dever de aviso, nas espécies do art. 683 (art. 684).

j,Tem-no no caso de doação, ou de troca por coisa não fungível? Se bem que o. art. 688 só se refira ao enfiteuta, a *ratio legis* impõe que se entenda com o mesmo dever o senhorio. Falta, porém, a sanção.

O domínio transmite-se a causa de morte, ou por ato jurídico entre vivos. Os princípios são os que regem.qualquer alienação de domínio. O art. 684 estabelece que "compete igualmente ao foreiro o direito de preferência no caso de querer o senhorio vender o domínio direto ou dá-lo em pagamento". E acrescenta: "Para êste efeito, ficará o senhorio sujeito à mesma obrigação imposta, em semelhantes circunstâncias, ao foreiro". O

art. 684 é, pois, simétrico ao art. 683 (e, por interpretação, ao art. 685). -

A transmissão entre vivos supõe o negócio jurídico hásico, o acordo de transmissão e a transcrição do título. No direito brasileiro, pode ser inserta a cláusula de resolução por implemento de condição ou advento de termo (art. 647). Ainda nessas espécies, há de ser feito aviso e cabe o direito de preferência.

Se o senhorio transfere o domínio ao enfiteuta, não se extingue, automaticamente , a enfiteuse. Seria preciso que promovesse a extinção, perante o registro de imóveis, o enfiteuta adquirente.

Se houve pré-contrato ou contrato pelo qual o senhorio se obrigou a vender ou a transferir o domínio, apenas assumiu obrigação pessoal: nasce ao enfiteuta „pretensão pessoal à conclusão do contrato ou a adquiriu.

Não cabe direito de preferência se o senhorio doa, dá em dote, ou troca por coisa não fungível, o domínio. Mas tem o senhorio o dever de aviso, para que o enfiteuta verifique se a espécie entra, como se diz, na classe dos negócios jurídicos referidos no art. 688, ou se faz parte da classe dos negócios jurídicos de que trata o art. 684.

O aviso, no caso do art. 684, há de ser prévio, embora antes ou depois do contrato consensual. A previedade é quanto ao acordo de transmissão. O contrato consensual interpreta-sê como sob condição resolutiva de não-assentimento, de modo que, se ocorre registro, não se tem, sobrevindo exercício do direito de preferência, ação de evicção, salvo inciência do adquirente quanto à enfiteuticação.

Se ainda está o senhorio em conversações ou punctaÇÕES para a alienação ainda não lhe nasceram o dever e obrigações de aviso prévio .

A oferta já exige o aviso. Oferta de *acordo de transferência,* entenda-se.

A alienação ao condômino alienação é. Mas o direito de preferência do condômino vem antes do direito de preferência do enfiteuta.

Se há co-enfiteuse, ou todos os co-enfiteutas exercem o direito de preferência, ou o exerce um dos co-enfiteutas, ou o exercem alguns. Se todos o querem exercer, não há problema: exercem-no todos e adquirem o domínio, *pro rata* das suas quotas. Se nem todos o querem exercer, exercem-no os que querem e adquirem o domínio *pro rata,* respeitadas as sucessões por cessão do direito de preferência *entre co-enfiteutas* (cp., adiante, § 2.171, 4).

A alienação de parte divisa do domínio é alienação e rege-se pelo art. 684.

2. ARREMATAÇÃO OU ADJUDICAÇÃO. Se o prédio vai à hasta pública, o art. 689 é invocável, por analogia, pelo enfiteuta. & enfiteuta deve ser avisado, ou notificado, como o senhorio.

Ao alviso, na espécie do art. 683, chamava-se *requisitio domtnt.*

Os f damentos para o direito de preferência do enfiteuta como do senhorio, em caso de alienação, são evitar-se que passe à frente, m igualdade de cláusulas, pessoa estranha, e ao mesmo tempo a tendência à desenfiteuticação das terras.

CAPÍTULO V

PARTILHA E *DIVISÃO* DO DIREITO ENFITÊUTICO

§ 2.162. Direito enfitêutico simples ou singular e direito enfitêutico universal 1. OBJETO DO DIREITO ENPITÊUTICO. A enfiteuse pode recair em prédio *res singularis* e em dois ou mais prédios, com ou sem pertenças *(res universaUs)*. O que faz objeto do direito real limitado de enfiteuse é sempre o fruto e o uso de prédio ou prédios, embora entre esses possa haver alguma relação que dê unidade, como que por dentro, ao direito enfitêutico.

2.PRÉDIO CULTIVÁVEL OU EDIFICÁVEL. Já se falou do art. 680. Aqui apenas explicitemos que a exploração extrativa não é cultura, nem edificação; de jeito que não caberia pensar

-se em enfiteuse.

§ 2.163. Co-enfiteuse e partilha

1. COMUNHÃO ENFITEUTICA. A enfiteuse pode ter pluralidade de titulares, de modo que há a comunhão *pro diviso* do direito enfitêutico; e não é inconcebível a comunhão *pro diviso.* Os princípios que foram expostos a respeito da com-propriedade e da composse, como da comunhão *pro indiviso* de domínio e da comunhão *pro diviso,* têm toda incidência, salvo onde a natureza do direito enfitêutico ou a lei imprime outra regulação.

2. RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE CO-ENFITEUTAS. As relações jurídicas entre os co-enfiteutas são semelhantes às relações jurídicas entre condôminos. Também eles podem dispor *r*

quanto à composse e a posse *pro diviso* do bem e estabelecer que outrem, ou um ou alguns deles tenham a posse imediata, ou a posse mediata inferior.

3.PARTILHA. Se o direito enfitêutico toca a dois ou mais titulares, a partilha sem divisão opera-se pela atribuição a todos menos x, ou a um só, entregando-se aos demais ou ao que perder a quota no direito enfitêuticO outro bem. Todas as combinações são possíveis.

§ 2.164. Divisão e loteamento

1.DIVISÃO EM GLEBAS E LOTEAMENTO. Globo e gleba têm o mesmo étimo. Globo refere-se ao todo, e o sentido de esfera já supõe saber-se que a Terra é redonda; gleba, a parte de terra. Todo proprietário e o próprio possuidor pode dividir em glebas a terra que lhe toca, salvo se há vedação legal ou negou dai de dividir.

A vedação negocial não pode ser por mais de cinco anos (art. 630). Lotear é dividir em porções que se possam fàcilmente vender; há alusão implícita a leilão, ou à oferta ao público. No direito brasileiro, o prédio enfitêuticO

é indivisível se não ocorre assentimento do senhorio. A *ratio legis* está em que, com a divisão, teria o senhorio de ver multiplicar-se o número de enfiteutas, tendo de cobrar o foro ou pensão a dois ou a muitos, em vez de a um só enfiteuta, e expor-se aos inconvenientes de extrema fragmentação da propriedade (Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título

77, § 1.0: ..... porque o dito f oro nom deve seer partido antre muitos, ca em outra guisa ligeiramente se confundiria a pensom dele"; Ordenações Manuelinas, Livro IV, Título 62, § 1.0; Ordenaçoes Filipinas, Livro IV, Titulo 36, § 19: "E por quanto o foro não há de ser partido entre muitos, por se não confundir a pensão dele"; Alvará de 6 de março de 1669: "Do qual costume resultava tão notável prejuízo aos senhorios de tais prazos, fazendo-se a partilha deles contra a forma dos emprazainentos~ por cuja causa os ditos senhorios não conheciam ja quem eram os caseiros, assim pela limitação das terras, como pelos foros estarem divididos em partes tão miúdas que vinha a ficar mais fácil aos senhorios . . . deixá-los perder que cobrá-los".). A extrema divisão não é só prejudicial ao senhorio, porém no que concernia ao bem enfitêuticO

dele dependia a indivisibilidade. Daí ter-se interpretado que se podia proceder à divisão assentindo o senhorio (ANTÔNIO DA GAMA, *Deci.sionum,* d. 269, n. 1).

O senhorio há de assentir para que o negócio jurídico da divisão ou o simples ato jurídico *stricto sensu* valha. A falta do assentimento, aí, não é causa de anulabilidade (Tomo IV, § 427). Não regem, portanto, os princípios de invalidade. Há, apenas, *ineficácia relativa.*

Diz o art. 681: "Os bens enfitêuticos transmitem-se por herança na mesma ordem estabelecida a respeito dos alodiais neste Código, arts. 1.603 a 1.619; mas não podem ser divididos em glebas sem consentimento do senhorio". Alodiais está ai, prôpriamente, por livre de enfiteuse; consentimento, por assentimento. O senhorio pode renunciar ao direito e à pretensão de se opor à divisão e pode assentir antes, no ato e após o ato da divisão.

O assentimento posterior é ratificação, no sentido de *pós-e-eficacização.*

Só o senhorio pode alegar a falta do assentimento (art. 152, alínea l.a), mas o sucessor pode alegar a falta antes acordo. MANUEL ÁLVARES PÉCAS *(Resolutiones Forenses,* IV, 217) refere julgado do Desembargo do Pôrto, a 3 de junho de 1673, em que se confirma sentença de 1671, na qual o juiz afirma que "o alegar esta ação fica só pertencendo ao direito senhorio, em quem se podia considerar o prejuízo, quando o houvesse, e não é permitido o fazer alegação de direito de terceiro"; porém as circunstâncias do caso examinado são de molde a não se poder concluir estarem excluídos os sucessores *(e. g.,* a sentença fala de "corroborando-se mais esta resolução com se achar o

prazo de livre nomeação, e ser feita a partilha na forma do costume observado nesta província, em que licitamente podia nesse tempo haver divisão"). O sucessor é interessado no sentido do art.

152, alínea □

2 a, devido à regra jurídica do art. 679.

2.ASSENTIMENTO DO SENHORIO. O assentimento há de ser no ato da divisão, ou na petição inicial (art.

132: "sempre que ser possa"). A ratificação tem ser expressa.

A ação constitutiva negativa (art. 178, § 99, V) por violência, erro, dolo, simulação ou fraude contra credores prescreve. A prescrição nada tem como a suposição de ratificação tácita, o que hoje seria absurdo. À falta de assentimento, expresso ou tácito, é causa de ineficácia.

Se o senhorio assentiu numa divisão, não se supõe ter assentido noutra, ou .em subdivisão, ou noutra parecida; nem cabe invocar-se a regra jurídica * *Res semei facta alienabilis semper et perpetuo manet alienabilis* (MIGUEL REINoSO, *Obser vationes Practicae,* 508: "Quoniam aliud est alienare de novo, aliud antiqua concedere").

8.CONSEQÜÊNCIAS DA FALTA DE ASSENTIMENTO DO SENHO RIO. No direito anterior, a infração pelo enfiteuta era causa de comisso, porque havia a regra sobre a alienação e se argumentava que dividir é alienar (ÁLVARO VALASCO, *Dectsionum Consultationum,* 1, 106:" ..... divisio vicem habeat venditionis... ~„

"qui prohibetur vendere non potest rem communem dividere", "divisio dicitur alienatio"). Mas, se não haviapacto expresso, a questão era discutida, quanto à perda do todo, ou só da parte. No Código Civil, o conússo só se dá por inadimplemento da obrigação das pensões por três anos consecutivos (art. 692, II).

4.LOTEAMENTO. O assentimento do senhorio é indispensável para que se loteie, e não só para que se alienem os lotes. O art. 681 não só considerou a divisão alienativa (~ executiva), mas também a divisão registária (= ~só objetiva). Se o enfiteuta quer fazer do bem enfiteutico dois bens, ou mais, o oficial do registro pode exigir que o senhorio assinta; se à divisão se procedeu e registou , tem o senhorio a

ação de ineficácia do

- negócio jurídico da divisão, ou do ato jurídico *stricto seneu,*. e a ação de retificação do registro, cumulável àti uela. Se houve sentença de divisão, pode recorrer enquanto não transita era julgado, para êle, sem que se lhe preclua ou prescreva a ação de ineficácia, que é declarativa. O adquirente pode alegar que houve assentimento tácito.

No direito anterior, as Ordenações Filipinas, Livro II, Título 38, pr., vedavam a alienação sem assentimento do senhorio, e no *§* 1 davam a sanção de nulidade: "E sendo a venda, escambo, doação, ou qualquer alheação feita em outra maneira sem autoridade do senhorio, será nenhuma, e de nenhum vigor, e o foreiro por esse mesmo feito perderá todo o direito, que tiver na coisa aforada, e tudo será devoluto, e aplicado ao senhorio, se o quiser". Antes do Alvará de 3 de novembro de 1757, a enfiteuse podia ser por tempo de dez anos ou mais; mas, daí em diante, só se admitiu perpétua. A sanção ,hoje, é a de ineficácia relativa.

§ 2.165. Regulação da comunhão

1. CABECEL. Diz o art. 690 do Código Civil: "Quando o prédio emprazado vier a pertencer a várias pessoas, estas, dentro em seis meses, elegerão um cabecel, sob pena de se devolver, ao senhorio o direito de escolha". Acrescenta o § 19:

"Feita a escolha, todas as aÇÕES do senhorio contra os foreiros serão propostas contra o cabecel, salvo a êste o direito regressivo contra os outros pelas respectivas quotas". Admite o § 2.0:

"Se, porém, o senhorio direto convier na divisão do prazo, cada uma das glebas em que for dividido constituirá prazo distinto".

O art. 690 tanto é invocável se há comunhão *pro indiviso* quanto se há comunhão *pra divisa,* se essa não foi considerada. pelo senhorio, de modo regular, divisão. A comunhão *pro diviso* pode existir para os êo:enfiteutas sem existir para o senhorio. Ou existir divisão, isto é, haver glebas dist intas, no sentido do art. 690, § 29, sem existir entre os co-enfiteutas (= haver, entre, eles, comunhão *pro indiviso* ou. comunhão *por diviso)* A contribuição por inteiro ao senhorio supõe a indivisão perante *o* senhorio, ainda que entre si tenham. às enfiteutas comunhão pq□~ *indiviso,* comunhãó *pro diviso* ou sociedade. Então, o que 4 preciso é que eles se *encabecem* numa só pessoa (cf. Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 96, § 23; Lei de 9 de julho de 1773, §§

5, 10 e 15). Cabecel, encabeçado ou cabeceiro, é o cabeça dos co - enfiteuta~. Se houve sucessão hereditária, o art. 690 incide. Já as Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 96, § 23, previam:

..... E porque tais bens, segundo a natureza dos foros, não se hão de partir, e hão de andar em uma só pessoa, mandamos que se encabecem em um dos herdeiros, em que se todos ou a mor parte deles concordarem, do dia,.

em que se o foreiro final, até seis meses". Era o *encabeçamento,* a *incapitatio,* operação jurídica de que se precisa, ainda se há cabeça de casa], porque êsse sucede na administração do que tocava ao co-enfiteuta, não na administração do direito enfitêutico em comunhão com outro& co-enfiteutas Se o inventariante foi escolhido pelos herdeiros, ou é um deles, é cabecel, durante o inventário ou enquanto não se eleja

Case. *Aliter,* o inventariante dativo.

A faculdade de dividir o prédio, ou aliená-lo a duas ou mais pessoas em comunhão, não divide o dever de prestar a pensão.

2.SITUAÇÃO JURÍDICA ANTES DE SER FEITA A ESCOLHA. Quaisquer ações do senhorio contra os enfiteutas têm de ser propostas contra o cabecel. Di-lo, explicitamente, o art. 690, § 1.~. ~ E antes de haver cabecel? Antes, o senhorio ou procede de acordo com o Código de Processo Civil, art. 413, ou executa os co-enfiteutas. A pretensão e a ação são reais: quem adquire o bem responde pelas dívidas anteriores, salvo se o senhorio se deu por pago, assentindo na alienação sem referência a dívidas anteriores.

CAPÍTULO VI

TRANSMISSÃO E GRAVAÇÃO ENFITÊUTICO DO DIREITO

§ 2.166. Hereditariedade

1.TRANSMISSÃO A CAUSA DE MORTE DO DIREITO ENFITÊUSE. A enfiteuse é perpétua e transmissível. Quer a causa de morte quer entre vivos. A exigência de laudêmio e o direito de preferência que tem o senhorio apenas são formalidades, exigidas à alienação entre vivos, nas espécies dos arts. 983 e 686.

Lê-se no Código Civil, art. 681: “Os bens enfitêuticos transmitem-se por herança na mesma ordem estabelecida a respeito dos alodiais neste Código, artigos 1.603 a 1.619; mas não podem ser divididos em glebas sem consentimento do senhorio”.

2. COMUNHÃO HEREDITÁRIA. Estabelecida comunhão, no tocante ao direito enfitêutico, em virtude de sucessão a causa de morte, o art. 690 incide.

§ 2.167. Sucessão entre vivos

.1.ALIENAÇÃO DO DIREITO ENFITÊUTICO. Diz o art. 683:

“O enfiteuta, ou foreiro, não pode vender nem dar em pagamento o domínio útil, sem prévio aviso ao senhorio direto, para que êste exerça o direito de opção; e o senhorio direto tem trinta dias para declarar, por escrito, datado e assinado, que quer a preferência na alienação, pelo mesmo preço e nas mesmas condições. Se, dentro do prazo indicado, não responder ou não oferecer O preço da alienação, poderá o foreiro efetuá-la com quem entender”. A transferência entre vivos supõe o negócio jurídico hásico, o acordo de transmissão e a transcrição do título. No direito brasileiro, é permitida a resolutividade em condição ou termo, entre o alienante e o adquirente do direito enfitêutico. São conseqUência do art. 647 do Código Civil.

O enfiteuta pode transferir o direito enfitêutico ao senhorio. Então, a enfiteuse não se extingue, salvo se o contrário ressalta do negócio jurídico ou de declaração expressa do senhorio adquirente. *A enfiteuse não se extingue pela confusão* com a *propriedade* (cf. art. 692). Se houve pré-contrato ou contrato pelo qual o enfiteuta se obrigou a vender, ou a transferir o direito enfitêutico, apenas assumiu obrigação pessoal: o senhorio tem pretensão à conclusão do contrato ou a adquirir, não direito de reversão. A cláusula do negócio jurídico de constituição de enfiteuse que estabeleça termo ou condição é *in fraudem legis* (art. 679, 1a parte), se a favor do senhorio..

2. DEVER DE AVISO. Qualquer que tenha de ser a alienação entre vivos, tem o enfiteuta o dever de aviso: nas espécies do art. 683, pois que tem o senhorio direito de preferência; nas espécies do art. 688, para que o senhorio verifique a *causa* do negócio jurídico de disposição entre vivos e o alienante fique irresponsabilizado pelo pagamento do foro.

§ 2.168. Alienação do bem enfitêutico pelo enfiteuta segundo os arts. 683, 685 e 688 do Código Civil 1. ATOS DE DISPOSIÇÃO. O sistema jurídico brasileiro tratou diferentemente os atos de doação, dotação e troca e os atos de venda ou troca por coisa fungível. Quanto àqueles, estabeleceu o art. 688: "t licito ao enfiteuta doar, dar em dote, ou trocar por coisa não fungível o prédio aforado, avisando o senhorio direto, dentro em sessenta dias, contados do ato da transmissão, sob pena de continuar responsável pelo pagamento do foro". A sanção é apenas a de ineficácia relativa (=t não se transferem ao sucessor o dever e a obrigação de prestar a pensão). No art. 683, alinéa 1ª, disse-se: "O enfiteuta, ou foreiro, não pode vender nem dar em pagamento o domínio útil, sem prévio aviso ao senhorio Direto, para que êste exerça o direito de opção; e o senhorio direto tem trinta dias para declarar, por escrito, datado e assinado, que quer a preferência na alienação, pelo, mesmo preço e nas mesmas condições". Na 2.~ alínea:

"Se, dentro do prazo indicado, não responder ou não oferecer o, preço da alienação, poderá o foreiro efetuá-la com quem quiser". Quanto à sanção, estatuíu o art. 685: "Se o enfiteuta não cumprir o disposto no art. 683, poderá o senhorio direto usar, não obstante, de seu direito de preferência, havendo do adquirente o prédio pelo preço da aquisição". A prestação do laudêmio é outro assunto.

A despeito dos termos das Ordenações Filipinas, Livro 1V, Título 38, os juristas lusitanos admitiam que não houvesse necessidade de assentimento do senhorio em se tratando de. doação ou de dote, se o enfiteuta tinha poder de nomeação livre (FRANcísco PINHEIRO, *De Censu et Emphvteusi Tractatus,* 331 s. e 326). A regra jurídica de hoje é mais larga.

A técnica legislativa, no discriminar o que entra no campo de incidência dos arts. 683 (art. 685) e 686 e o que entra no campo de incidência do art. 688, variou de muito. Com ela, e às vezes mais do que ela, a doutrina. A L. 3, C., *de e,nphyteutico lure,* 4, 66,) só aludia à venda. Alguns juristas lhe deram interpretação literal, estrita, mas foi demonstrado o erro *je. g.,* J. CUJÁCIO, 1. CORÂSIUS e). VOET). No art. 688 é de notar-se

□o diferente tratamento que se dá às trocas: se fungivel o bem pêlo que~ se troca o direito enfitêutico, regem os arts. 683 (art. 685) e 686 ;se não fungível, o art. 688.

A moeda é a do país, ainda que se tenha pago em moeda estrangeira a

constituição.

2.ALCANCE DO CÓDIGO CIVIL, ART. 683. O alcance do art. 683 é muito menor do que o da regra do direito anterior, porque muito o limita o do art. 688.

O aviso a que se refere o art. 683 é prévio. Pode ser antes do contrato consensual e pode ser após êle. Porque o aviso há de ser prévio à transíação, ou, melhor, ao acordo de transmissão. Por isso mesmo se entende que o contrato consensual é sob condição resolutiva do não-assentimento; e, se o adquirente ciente se imite na posse, ou obtém o registro, sem ter havido assentimento do senhotio, e êsse exerce o direito de preferência (art. 685), não tem o adquirente ação de evicção (ANTôNIO MENDES AROUCA, *Áliegationes iures,* 165 s.: "Venditor emphyteusis sine domini consensu non tenetur de evictione, si emptor sciens rem emphyteuticam, eius possessionem sine domini consensu fuerit adeptus"). *Aliter,* se o adquirente ignorava que o bem fosse enfitêutico (167: "... quia tum demum de evictione emptor agere potest, si ignoranti bona emphyteutica venditor pro libera tradisset").

Se há apenas conversações ou punctaçoes para se alienar o direito enfitêutico, ainda não se caracterizou ato do enfiteuta que determinasse o *dever de aviso prévio.* Não assim, se o enfiteuta já fêz oferta com a forma exigida para a alienação. Portanto, se já vai assinar escritura pública de oferta, já deve avisar. A mudança nos princípios que regem a transmissão da propriedade imóvel, no direito brasileiro de hoje, implica mudança no que a respeito ensinaram FRANCISCUS FULGINETJS *(Tractatus de Iure emphyteutico,* tit. de Alienatione, q.

1, n. 29, n. 31, e n. 292), MANUEL .ÁLVARES PÉGAS *(Resolutiones Forem. ses,* II, 610) e FRANCISCO

PINHEIRO *(De Censu et Emphyteusi Tractatus,* 577). Todos se haviam de preocupar com a tradição, e não com a transcrição (Código Civil, art. 530). No sistema jurídico brasileiro, o dever de aviso nasce com a oferta em forma suficiente, e há infração de dever se não cumprido até a aceitação, em forma suficiente, e não até a transcrição. Após isso, incide o art. 685.

Era costume do direito luso-brasileiro e anterior avisar-se o senhorio depois de se acordo na transmissão, mas antes da tradição, o que está em FRANCIScO DE CALDAS e, mais tarde, em FRANCISCO PINHEIRO.

Substitua-se tradição por transcrição, e está dentro do tempo para o aviso o enfiteuta que já assinou a escritura de alienação (contrato *sem* acordo de transmissão)

porém fica responsável pelos gastos que cause ao adquirente, que crera no aviso prévio, e ao senhorio.

3. SUBENFITEUTICAÇÃO E CÓDIGO CIVIL, ART. 683. A subenfiteuticação é permitida, salvo pacto em contrário. Se o há, o enfiteuta incorre em infração do pacto. Não há interpretação analógica do art. 683 para se entender que há de ser avisado, previamente , o senhorio, se bem que os figurantes possam precisar do consentimento do senhorio para que alguma obrigação seja assumida entre subenfiteuta e êle.

4.ALIENAÇÃO DE BENFEITORIAS. Se as benfeitorias se tornaram partes integrantes essenciais, claro é que só se alienam como partes do prédio. Se as benfeitorias são separáveis e, pois, não seintegraram no prédio, podem ser alienadas sem assentimento do senhorio (FRANCISCO PINHEIRO, *De Censu et ~mphyteusi Trac tatus,* 337).

5.CONDOMÍNIO E ALIENAÇÃO. A alheação da parte ao condômino, ainda cabecel, alienação é. Não cabe hoje distinguirem-se os casos vulgares e aquele em que o cabecel é o único responsável pelo fOro (art. 690, §

1.~). Há variação de enfiteuta, a despeito do que pensava FRANCISCO DE CALDAS, da regra *Res de latiU*

revertitur ad suam pnmaevam naturam, que seria regra semântica, porém não há invocar-se na espécie, como queria DOMII0S ANTUNES PORTUGAL.

Se o direito enfitêutico é *pro indiviso,* há o direito de preferência baseado nos arts. 632, 1.139, com o seu parágrafo único, *t* 1.777. Querendo um dos comuneiros alienar a sua parte indivisa, ~qual o direito de preferência que vem em primeiro lugar, *a)* o do comuneiro ou 19 o do senhorio? Se é o do comuneiro, osenhorio sô~mente pode exigir preferência se nenhum deles exercer o seu. Se o do senhorio, Somente se êsse não exerce o direito de preferência segundo os arts. 683 e 685 é que se pode pensar em aplicação do art. 632, do art. 1.139, com o seu parágrafo único, ou do art. 1.777. A comunhão existia, com o consentimento ou o assentimento (se sobreveio à constituIção da enfiteuse) do senhorio, de modo que há implícita

permissão de alienar-se a parte indivisa ao comuneiro.

Se a comunhão *pro indiviso* é quanto ao domínio, o assentimento há de ser de todos os comuneiros dominicais, de jeito que, omitido o aviso a um, pode êsse invocar o art. 685 (cf. FRANCISCO PINHEIRO, *De Censu et Emphyteusi* Tractatus, 349). Se um ou alguns querem exercer o direito de preferência e outro OU outros o laudêmio, prevalece o direito de preferência, pois que paga o adquirente ou pagam os adquirentes ao comuneiro OU comuneiros a parte do laudêmio, ou as partes do laudêmio, que tenha ou tenham de ser pagas. Nos séculos passados muito se discutiu isso, mas foi a opinião de A. TIRAQUELO e de A. COREULIJS que se teve por verdadeira e o é.Se dois ou mais condôminos querem a preferência, é de se invocar, *por analogia,* o art. 1.139, parágrafo único, do Código Civil, afastada, assim, a exclusão do direito de preferência, por perplexidade. Se o comuneiro da enfiteuse e o condômino somente querem *parte* do que o comuneiro da enfiteuse quer alienar, não se leva em conta o exercício do direito de preferência, que dividiria o objeto do ato de alienação, e admite-se o estranho que quer o todo (na esteira de FRANCISCO DE CALDAS, FRANCISCO PINHEIRO, *De Censu et Emphvteusi Tractatus,* 373).

A alienação da quota, *pars indivisa,* alienação é; e cai sob o art. 683, ou sob o art. 685, ou sob o art. 688. Resta saber-se se a alienação de *pars divisa,* regendo-se pelo art. 683, precisa de aviso prévio. Sim, se se trata de alienação de parte divisa no prédio enfitêutico, isto é, no direito enfitêutico. Não, se só se trata de atribuição de parte na posse do bem, divisa ou indivisamente.

6.ALIENAÇÃO DO DOMÍNIO. Se o enfiteutico aliena o prédio enfitêutico sem saber que o é, a ação que há de propor, ainda que como questão prévia, o senhorio, é a de reivindicação do domínio, porque o enfiteuta alienou, então, o que não era seu. Se o terceiro está sujeito à reivindicação, depende isso de haver adquirido, ou não, a propriedade, assunto que pertence ao Tomo XL Procedente a reivindicação, não tem o senhorio o direito de preferência, porque alienação houve do domínio, seguida de restituição ao senhorio; todavia, podem o enfiteuta, o senhorio e o terceiro acordo em que se aliene só a enfiteuse, recebendo o senhorio o laudêmio.

7. DESAPROPRIAÇÃO . Não cabe dir~eito de preferência, quer com invocação do art. 688, ou do art. 686, quer do art. 684, se sobrevém desapropriação, que é causa de perda da propriedade pelo senhorio ou pelo enfiteuta (MANUEL GONÇALVES DA SILVA, *Commentaria*", IV, 59: "Limitatur vero dicta conclusio sic ampliata, quotiescumque ratio,

et utilitas publica exposcit, ut quis emere, et vendere cogatur"; cf. JORGE DE

CABEDO, *Decisiones,* .d. 105, n. 6; ALVARO VALASCO, *Decisionurft Consultatio* MUfltI, 40 s.).

O senhorio ou o enfiteuta, na ação de desapropriação da enfiteuse, ou do domínio, respectivamente, tem legitimação ativa ara discutir a *indesapropriabilidade* e objetar contra o cordo entre desapropriante e desapropriado pode não ser caso de desapropriação e haver no acordo *fraus le*

8. ATOS TESTAMENTÁRIOS. Cabe o direito de preferência ainda que algum testador houvesse disposto alienar-se o direito enfitêutico para se entregar o produto em obra de caridade ou em instituição de outra natureza (PETRUS MARCELLINUS CORRADINJJS, *Tractatus de Iure praelatiõnis,* q. 31, n. 87).

9. PROPRIEDADE RESOLÚVEL. Se a alienação foi de propriedade resolÚvel (art. 647), o senhorio tem o direito de preferência, nos termos em que concebera a resolutividade. Idem, se a alienação foi com pacto comissório, podendo então, o senhorio adquirir como o pretendente adquiriria, ou prestado todo o preço e, pois, pré-excluido o pact

o (PETRUS MARCELLINUS CORRADINUS, *Tractatus de Iure praeiationis,* q. 16, n. 61 e n. 63). Idem, se a alienação é por preço arbitrável na forma do art. 1.123 do Código Civil; aí, ainda após se a#bitrar o preço cabe exercer-se o direito de preferência, se o senhorio não quis exerc-lo antes; sujeitando-se à vinculação (as distinções de PETRUS MARCEILINUS CORRADINUS, q. 16, n. 48, não mais se admitiriam hoje).

Se a alienação, que se intenta (art. 683) ou que se levou a cabo (art. 685), se concebeu com pacto *de retro vendendo,* o senhorio tem o direito de preferências há de haver o direito enfitêutico com o mesmo pacto. Se o senhorio assentiu em que o enfiteuta alienasse com o pacto *de retro vendendo* e o enfiteiita alienante cede o direito de remir, o *jus pra elationis,* não vale a cessão, devido ao art. 1.157 do Código Civil *(aliter,* no direito anterior).

10.TROCA POR COISA NÃO FUNGÍVEL. Se o enfiteuta quer trocaro direito enfitêutico por coisa não fungível, pode fazê-lo, sem que haja

direto de preferência para o senhorio (art. 688). Nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 38, § 1, dizia-se:

sendo a venda, escambo, doação, ou outra qualquer alheação, feita em. outra maneira, sem autoridade do senhorio, será nenhuma e de nenhum vigor". A respeito desse ~ 1, escreveu MANUEL DE ALMEIDA E

SOUSA *(Tratado prático e critico de todo* o *Direito enfitêutico,* II, 59) : "Suaram os nossos reinícolas na interpretação da Ordenação nesta parte; e depois de vários discursos vieram assentar que só é praticável na troca êste direito quando o prazo se permuta por coisa fungível, que consista em pêso, número, ou medida, e

~ão quando prédio por prédio". A começar-se por FRANCISCO DE CALDAS *(Syntagma universi Juris emphyteutici,* IV, c. 8, n. 31, e c. 13, ns. 19-23). Não só quando trocasse prédio por prédio: bastaria que se quisesse escambar o direito enfitêutico por bem não fungível, o que já se precisara em PETRUS

MARCELLINUS CORRADINUS *(Tractatus de Iure praelationis,* q. 15, n. 112). Foi isso o que passou ao Código Civil, mais largamente, portanto, do que no Preussisches Alígemeines Landrecht, II, L. 3, T. 3, § 29, que se limitava a referir a alienação por título puramente lucrativo. Diz o art. 688: "É lícito ao enfiteuta doar, dar em dote, ou trocar por coisa não fungível o prédio aforado" entenda-se: o direito enfitêutico "avisando o senhorio direto, dentro em sessenta dias, contados do ato da transmissão, sob pena de continuar responsável pelo pagamento do foro". Pelo pagamento do foro e mais prestações que haja de fazer, inclusive indenizações.

A sanção é, cientificamente, a da *ineficácia relativa.*

Se há simulação de troca, incidem os arts. 102, II, 104 e 105 do Código Civil, mas o senhorio, avisado, pode desde logo argüir -la. Presume-se a simulação se o alienante do direito enfi têutico vende, em breve tempo, o bem não fungível, pelo qual trocou aquele (M. BERLICIJIUS, *Conclusiones practica.biles,* II, c. 39, n. 57 e 58).

11.DOAÇÕES SIMPLESMENTE REMUNERATÔRIAS. No art. 688, pré-exclui-se o direito de preferência se há doação. Todavia, se de doação o negócio jurídico somente tem o nome, há alienação onerosa, e não doação *(e. g.,* compra-e-venda ou troca por alguma ou algumas coisas fungíveis). Idem, se, devendo o enfiteuta, doa para que o adquirente do direito enfitêutico lhe pague as dívidas. No direito anterior, para

que não se reputasse doação tal negócio jurídico, bastava que a obrigação de pagar fosse de mais de metade do valor do direito enfitêutico. Mas a bilateralização do negócio jurídico faz tornar-se negócio jurídico misto e a melhor solução é a de entender-se sujeito a direito de preferência. Quando a doação deixa de ser doação com encargo para ser negócio jurídico misto ou se bila-.

teraliza, o *jus praelationis* exsurge. Se o preço foi clandestino, há simulação (Código Civil, arts. 102, II, 104 e 105). Dá-se o mesmo em se tratando de dote (D. B. ALTIMARO, *Tra,ctatus de Nuilitatibus,* IN, q. 1, n. 26; FIZANCISCO FULGINEUS, *Tractatus de Iure emph.yteutico,* prael., q. 15, n. 2).

Se a doação foi como se o bem fosse alodial, há alienação de bem alheio, portanto ineficaz, podendo dar-se a reivindicação do alódio Porém aí não há mais comisso.

A subenfiteuse independe de assentimento do senhorio, trate-se de alienação onerosa ou de alienação gratuita.

12. TRANSAÇÃO. Se há transação em que um dos elementos é o direito enfitêutico, cumpre distinguir-se: ou a) o direito enfitêutico fica ao enfiteuta, e nada se passa que permita pensar-se em direito de preferência, ou *b)* o direito enfitêutico éreconhecido à pessoa que o senhorio não tem como tal, espécie em que o senhorio é litisconsorte, ou *c)* a transação simula alienação segundo o art. 683 ou a simulou segundo o art. 685, devendo ir contra o negócio jurídico o senhorio.

Se o direito enfitêutico vai a um dos herdeiros, por se não proceder a divisão (Código Civil, art. 1.777), o senhorio não pode pretender preferência. *Aliter,* se, na hasta pública, estranho arremata.

13.AFORAMENTOS ESTATAIS. Estatui o art. 112 do Decreto-lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946: “Os aforamentos de terras da União poderão ser transferidos, mediante prévia licença do 8. P. U~“

a

A questão que logo surge é a de se saber se “licença previa lugar de não-objeção à comunicação de vontade do enfiteuta, ou se há arbítrio da autoridade pública em negar. A primeira solução é a mais consentimento com o sistema jurídico brasileiro. O ato da autoridade pública não escapa ao art. 141, § 4□O, da Constituição de 1946.

Estabelece o Decreto-lei n. 9.760, art. 113: “Os pedidos de licença para transferência deverão ser dirigidos ao Diretor do 8. P. U., por intermédio do órgão local do mesmo Serviço, mencionados ô nome do adquirente e o preço da transação”. A lei especial refere-se ao direito de preferência que tem o Estado, como senhorio. Mas a lei comum é de respeitar-se, no que seja premissa.

Diz o art. 114: “As transferências parciais ficarão sujeitas a nôvo foro para a parte desmembrada, previamente demarcadas e avaliadas; na forma do artigo 107, e seus parágrafos”. E o seu parágrafo único: “O disposto neste artigo se aplica, também, às transferências de partes restantes do prazo primitivo”.

A transferência parcial fica sujeita *à* possibilidade e permissão de englebação (Código Civil, art. 690, § 2.0).

Há dois atos do senhorio: o de assentimento, porque nada há, juridicamente, objetável, e não quer exercer o direito de preferência; o de assentimento à englebação. Lê-se no art. 115: “As licenças para transferências, pago o laudêmio devido, serão dadas por alvará expedido pelo órgão local do 5. válido por 90 dias, de que constará: a) a declaração do pagamento do laudêmio ou de sua isenção; b) a descrição do terreno objéto da licença; c) a importância do foro; e d) outras obrigações estabelecidas”. .0laudêmio rege-se pelos princípios do direito comum.

Estatui o art. 116 do Decreto-lei n. 9.760: “Efetuada a transação e transcrito o título no Registro de Imóveis, o adquirente, exibindo os documentos comprobatórios, deverá requerer, no prazo de 60 dias, que para o seu nome se transfiram as obrigações enfitêuticas”. E o § 1.0: “A transferência das obilgações será feita mediante averbação, no órgão local do 5. P. U., do título de aquisição devidamente transcrito no Registro de Imóveis, ou, em caso de transmissão parcial do terreno, mediante termo”. E o *§* 29: “0 adquirente ficará sujeito à multa de 0,05%, por mês ou fração, sobre o valor do terreno e benfeitorias nêle existentes, se não requerer a transferência dentro do prazo estimulado no presente artigo”. Não se trata de prazo preclusivo para .o requerimento, nem perda de direitos.

Estabelece o Decreto-lei n. 9.760, art. 117: “A transferência, por ato entre vivos, de domínio útil de terrenos aforados, somente poderá ser feita por escritura pública ou ato judicial competente, de que deverá constar; necessariamente, a transcrição do alvará de licença expedido pelo 5. P. U.”. Alvará de licença, ou, melhor, de assentimento.

Esclarece o Decreto-lei n. 9.760, art. 102: “Será nula, „de pleno direito, a transmissão entre vivos de domínio útil .de terreno da não, sem prévio assentimento do 5. P. U.”. E o seu § 1.0: “ as transmissões onerosas, a União terá direito de opção ando não o exercer, „cobrará laudêmio de 5% sobre o vaI do domínio pleno do terreno e benfeitorias”. E o seu § 2.0: da União incorporado ao de outrem, e que não possa ser desmembrado, o valor das benfeitorias as para cálculo de laudêmio, será tomado proporcionalmente aos valores dos mesmos terrenos”. E o seu *§* 39: “As disposições do parágrafo anterior aplicam-se às cessões de direitos concernentes a terrenos aforados, calculo o laudêmio sobre o preço da transação”. Eo § 49: “O prazo ra opção será de sessenta dias, contados da data da apresentação ao órgão local o 5. P. U., do pedido de licença para a, transferência, ou da satisfação das exigências porventura formuladas”.

§ 2.169. Natureza da regra jurídica do Código Civil, art. 683

1.DISPOSITIVAMENTE DO CÓDIGO CIVIL, ART. 683. Em técnica legislativa, poder-se-ia conceber o art.

683 como *ius cogens,* ou como *ius dispositivum,* ou, até, como *jus interpretativum,* o que seria menos acertado.

A tradição do direito luso-brasileiro é pela dispositividade. A enfiteuse pode ter sido concebida pra *se et quibus dederit,* ou *pra heredibus et successoribus quibuscum que* (MANUEL ÁLVARES PÉGAS, *Resolutiones Forenses,* TI, 594 *5.:* “concessio prolata comprehendere videtur quorumcumque successores etiam singulares”).

A opinião contrária de MANUEL DE ALMEIDA E SOUSÁ *(Tratado prático e critico de todo o Direito enfitéutico,* II, 9) não convenceu, porque confundiu necessidade de assentimento e aviso: o aviso é para que. o senhorio exerça o direito de preferência e, se o não exerce, cobre o laudêmio. O laudêmio é devido quer se avise quer não. Aviso para exercício de direito de preferência não existe se direito de preferência não há. Se o enfiteuta foi eximido cio dever de respeitar direito de preferência pelo senhorio, . tal direito de preferência não existe; e a alienação é livre, e em vez de aviso pode o enfiteuta entregar ou depositar~o laudêmio.

A dispositividade da regra jurídica que hoje se encaixa no art. 683, alínea □

1 a, parte 1 a, permitia que se

formassem *usos,* estritos, inampliáveis de lugar a lugar, de caso a caso, se bem que incerta a jurisprudência a êsse respeito e contrária em dois arestos de que MANUEL ÁLVARES PÉGAS *(Resolutiones Forenses,* II, 615

s.) deu notícia. AGOSTINHO BARBOSA afirmava a eficácia dos usos; e os arestos não destruíram a doutrina de MIGUEL DE REINOSO *(Observationes practicae,* 509) e GABRIEL PEREIRA DE CASTRO *(Decisiones,* 177). Dir-se-á que não existem tais usos (manifestações de vontade) no Brasil; é questão de fato.

2.PACTO EM CONTRÁRIO. O art. 683 é i *us dispositivum.* Vale o pacto em que se dá ao enfiteuta a faculdade de venda a quem quiser, ou em que se outorga o próprio direito real de enfiteuse *pro se et quibus dederit,* ou *pro heredibus et successoribus quibuscum que* (MANUEL .ÁLVARES PÊGAS, *Resotutiones Forenses,* II, 594

5.: .1... et heredibus et successoribus, absolute, et indefinite, concessio prolata comprehendere videtur quorumcunque successores etiam singulares, et concessam fuisse transferendi potestatem"). Sem razão, MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Tratado prático e critico de todo o Direito enfitéutico,* II, 9).

§ 2.170. Atitudes do senhorio

1.ASSENTIMENTO. O assentimento do senhorio pode ser por procurador com poderes especiais (FRANCISCO DE CALDAS, FRANCISCO PINHEIRO). Tanto o marido quanto a mulher precisam do assentimento do outro cônjuge (arts. 233, 1, e 242, 1 e IV), porque o direito de preferência, nos arts. 683 e 685, é conteúdo do direito de domínio e a renúncia atingiria a êsse. A sistematização entre os sexos é maior no Código Civil do que ao tempo das Ordenações Filipinas, razão por que não cabe invocar-se o que a respeito de bens parafernais ou extradotais escreveram FRANCISCO DE CALDAS e FRANCISCO PINHEIRO. Tão-

-pouco pode o tutor ou curador acordo, mediante paga, ou não, em não exercer o direito de preferência sem autorização do juiz (arts. 427, VI, e 453). O art. 428, II, não é invocável porque a não-renúncia

implicaria, aí, em aquisição. Os pais estão sujeitos à mesma exigência (art. 386). Não importa se o menor é maior ou menor de dezesseis anos.

Se o senhorio, ciente da alienação consumada pelo registro, declara que não pretendia exercer direito de preferência, -ou, notificado, ainda com preceito, não exerce o direito de preferência (art. 685) no prazo marcado, dá-se pós-eficacização.

2.ENFITEUTA QUE PRESTA DECLARAÇÕES FALSAS. Se o enfiteuta diz ter vendido por maior preço do que aquele com que se contentou, a fim de fraudar, exercendo o dever de aviso, o direito de preferência que tem o senhorio, ou se diz ter vendido por menor preço do que aquele pelo qual em verdade alienou, para diminuir o laudêmio, pode o senhorio propor *a)* ação declaratória da relação jurídica estabelecida entre o enfiteuta e o terceiro, se já existe, mostrando-se o preço verdadeiro, ou *b)* a ação de preferente, pelo preço verdadeiro, ou a de condenação, pelo laudêmio em verdade devido (FRANCISCO PINHEIRO, *De Certeu et Emphyteusi Tractatus,* 587: "... sine dominum decipiat dicendo sibi offerti minus pretium, quazn re Vera offertur, ut hac ratione laudemium diminuat; sive dicendo sibi offerri maius, ut sic dominum aventat, ne tantumdem pro re offe..... ."; cf. P. MULLER, adição a G. A. SnuvE, *Suntagma. jurispnedentia.e,* exerc. 11, 726).

8.EXERCICIO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA. Ou a) o senhorio assente na alienação, ou *b)* exerce o direito de preferência, ou *c)* ataca o ato jurídico *stricto seneu* do aviso para que não tenha efeito, ou ci) pede a declaração da ineficácia de tal ato jurídico *stricto sensu.*

§ 2.171. Assentimento do senhorio

1.NATUREZA DO ASSENTIMENTO DO SENHORIO. O assentimento do senhorio é manifestação unilateral de vontade, negócio jurídico unilateral. Manifestação de vontade receptícia.

2. IRREVOGABILIDADE E PROVA DO ASSENTIMENTO. Dado

o assentimento do senhorio, isto é, tendo êsse declarado que não exerce o direito de preferência, é irrevogável a manifestação de vontade; de modo que nenhuma determinação anexa ou mexa se lhe pode juntar (cf.

MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Tratado prático e critico de todo o Direito enfitêutico,* II, 42). Se o senhorio assistiu à alienação, assentiu, se não se opôs, exercendo o direito de preferência, o que já estava em FRANCISCO DE CALDAS e passou a escritores portuguêses e estrangeiros.

A forma e a prova não precisam ser por escritura pública:

O próprio aviso prévio pode ser por meio de cartas registada, ou por telegrama, desde que se não possa duvidar da recepção. FRANCISCO DE CALDAS exigia a escritura pública, mas FRANCISCO PINHEIRO *(De Censu et Emph?,"teusi Tractatus,* 347), MANUEL GONÇALVES DA SILVA *(Commentaria,* II, 198), TOMÉ VAZ

(Áflegationes super varias materias, aleg. 72, n. 58) e MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Tratado prático e critico de todo o Direito enfitéutico,* II, 42) repeliram o rigor, que seria contra o costume do Reino.

3.FATOS SUPERVENIENTES AO ASSENTIMENTO DO SENHORIO.

Se o senhorio manifestou que não queria a preferência (= que assentia na alienação), a morte superveniente não torna ineficaz o assentimento, nem há extinção pelo não-uso (FRAN~SCO DE CALDAS, *Svntagma universi luris emph"yteutici,* IV, c. 15; FRANCISCO PINHEIRO, *De Cem et Emphyteusi Tradatus,* II, 356 e 351). Nem pela morte do enfiteuta (FRANCISCO DE CALDAS, IV, e. 11, n. 30). Porém a pessoa, a quem se ia alienar, é, *de regra,* relevante; de modo que não se estende o efeito do assentimento expresso ou tácito a outro pretendente (FRANCISCO DE CALDAS, IV, c. 15, n. 23; FRANCISCO PINHEIRO, *De Censu et Emphyteusi Tractatus,* 353). Dado o assentimento quanto ao todo, não se pode considerar também para a alienação de parte, nem vice-versa. Nem, se foi para subenfiteuse, se entende para a venda, ou vice-versa. A regra *Non debet, mxi plus ticet, quod mirtus est non licere* (L. 21, D., *de diversis regulis juris an.tiqui,* 50, 17) não há de ser invocada, porque aí o caso entra na classe daqueles em que não há a *ratio legis* da L. 21, estudada por J. L. E. POTTMANN

(Adversariorum juris universi libri 1-111, 1, c. 5), que, em lugar da regra da L. 21, pôs *Ei, mxi id, quod plus eM, licet, haud semper minus Ucere.* Com tOda razão.

4.INCESSIBILIDADE DO DIREITO DE PREFERÊNCIA DO SENHORIO.
O senhorio não pode ceder o direito de preferência, ainda que pretexte

não poder pagar o preço (FRANCISCO DE CALDAS, *Syntagma universi luris emphyteutici,* IV, c. 13, n. 34;

punas MARCELLINUS COBRADINUS, *Tractatus de Iure praclationis,* q. 10, n. 3, 18 e 19). Antes e depois do aviso pode o senhorio alienar o prédio e assim o direito de preferência se transfere. A penhora só se pode fazer no domínio, incluso o direito de preferência, não no direito de preferência sOzinho (J. L. E. PÚPTMANN, *AdverscLflorum juris universi libri 1-111,* 1, e. 13; sem razão, PETRUS MARCELLINUS CORRADINUS, *Tractatus de Iure praelationis,* q. 10, ns. 13 e 14). Cp. § 2.161, 1.

Se o senhorio cede o direito de preferência, ou se simula alienação do domínio, o terceiro, que queria adquirir o direito enfitêutico, pode ir contra a cessão, ou o ato jurídico simulado. Então, o senhorio, que perde a ação, ou exerce o direito de preferência, ou não o exerce (CUdACO, *Controversiae Foren-. sae,* c. 254, n. 22).

§ 2.172. Ação para haver do terceiro o direito enfitêutico

1.PosIçÃo DA QUESTÃO. Questão que temos de examinar, sem que de ajuda nos seja a doutrina anterior, é a do transcurso de trinta ou quarenta anos, ou, hoje, dez ou quinze anos (Código Civil, art. 177), se o enfiteuta alienou e o senhorio deixou de exercer durante todo êsse tempo o direito de preferência segundo o art. 685, para haver do adquirente o direito enfitêutico pelo preço por que se alienara.

2.DiscussÃo DA QUESTÃO. No direito anterior, ANTÓNIO DA GAMA *(Decisionum,* d. 49, n. 2, 149, n. 4, 144, 168, 270. n. 3, e 323, 3), MELCHIOR FEBO *(Decisiones,* 82, n. 36), MANUEL GONÇALVES DA SILVA *(Commentaria,* 198) e MANUEL ÂLVARES NoAs (Resolutiotes *Forenses,* II, 662 s.) respondiam afirmativamente. As referências que se faziam a presunção de ter assentido o senhorio, ou de se ter extinguido o direito de preferência, mostram a confusão com que discutiam o assunto os velhos juristas. Só se poderia pensar em prescrição da ação do titular do direito de preferência, por se ter iniciado, com o ato de alienação, o prazo prescripcional da ação constitutiva negativa. Na decisão do Desembargo do Paço, a 29 de agOsto de 1670, que MANUEL ALVARES PÉOAS *(Resolutiones Forenses,* II, 662 s.) transcreve, evitou-se alusão a qualquer outro fundamento que à posse para usucapião ("estão os ditos réus de posse da dita terra, por si e seus antecessores, por muito mais de espácio *(sic)* de quarenta anos"). Um dos juizes, na tenção, aludiu a prescrição. Outro, que

parece ter sido DOMINGOS ANTUNES PORTUGAL, falou dos quarenta anos como suficientes para se presumir ter sido dado o assentimento, antes ou depois (credendum est domini directi consensum antes vel postea praestitum fuisse).

Ora, o que em verdade se passa é que, direito real imobiliário a enfiteuse e direito real o direito de preferência que dele deriva (art. 685), foi a pretensão à desconstituição da aquisição que prescreveu, e não hÁ. prescrição de direito de preferência: a ação constitutiva negativa, em que réu fosse o adquirente, estaria prescrita e prescrita a própria pretensão constitutiva negativa. Prescrita, não extinta.

3.PRESUNÇÕES. Presume-se que o senhorio, em certas espécies, assentiu na alienação, isto é, que deixou de exercer o direito de preferência, que, assim, precluíu, *e. g.,* se recebeu do adquirente o laudêmio, ou a pensão que correspondia ao nôvo tempo, sabendo que a alienação ocorrera (FRANCISCO PINHEIRO, *De Censu et Emphvteusi Tractatus,* 349, que se firmou em FRANCISCO DE CALDAS, *Syntagma universi furis emphijteutici,* 1, q. 2, ns. 4 e 5, IV, cap. 11, ns. 16 e 19). Se o enfiteuta alienante continua de pagar o foro, há de presumir-se que o senhorio ignora a alienação; de modo que a presunção de ter assentido não se compoe.

4.FALTA DO ASSENTIMENTO. A falta do assentimento só o senhorio pode alegar (ANTÔNIO MENDES

AROUCA, *Alie gationes iuris,* 264: "... praedicta aliegatio non admitteretur, quia solus dominus, et non creditor, poterat opponere ex defectu consensus"; cf. MELCEIOR FEnO, *Decisiones,* d. 24, n. 5; MANUEL

ÁLVARES PÊGAS, *Resotutiones Forenses,* IN, 214). Quando a ineficácia só é a respeito de uma pessoa, ou de algumas, terceiros não a podem alegar.

§ 2.173. Direito de preferência que tem o senhorio

1.NATUREZA DO DIREITO DE PREFERÉNCIA SEGUNDO O ART. 683 DO CÓDIGO CIVIL. O

enfiteuta pode dispor do seu direito por negócio jurídico entre vivos e a causa de morte.

O dever de pagar laudêmio só existe nas espécies do art. 683. Tem o senhorio, então, o direito de preferência, que é alterna-Uva com o direito ao laudêmio: ou assente e tem direito ao laudêmio, ou exerce o direito de preferência. Salvo se há objeção contra a afirmativa de haver oferta, ou aceitação de oferta.

O direito de preferência pode ser estipulado em qualquer negócio jurídico, é o *jua praelationis,* e opera obrigacional (pessoalmente), ou com eficácia real, conforme se não insere ou se insere em direito real (cp. arte.

1.149-1.157 e arts. 632, 636, 684, 683 e 685, 689, 833, parágrafo único, e 979). Nas espécies dos arts. 632, 639, 684, 683, 685 e 689, a eficácia é real, ainda que, sendo possível na espécie, se restrinja ou amplie (MANUEL

DE ALMEIDA E SousA, *Tratado prático e critico de todo o Direito enfitéutico,* II, 54).

As declaraçÕes do enfiteuta, que interpela o senhorio, são declaraçÕes de enunciados de fato, se bem que sobre a vontade, que ele tem, de alienar o direito enfitêutico.

Nada obsta a que a interpelação do enfiteuta ao senhorio, ou a notificação do senhorio ao enfiteuta, seja *extra judicial,* por escrito, ou em forma tal, que possa ser, depois, afirmada a sua feitura e provada. Não obsta à interpelação judicial, ou à notificação judicial, o já ter havido, antes, a interpelação extrajudicial ou a notificação extrajudicial. Os juristas, ao tempo das Ordenações Filipinas, exigiam, no caso de inatividade do senhorio interpelado, ou do enfiteuta notificado, que se fizesse em juízo a interpelação ou a notificação, devido às palavras das Ordenações Filipinas, Livro IN, Título 86, pr. (“notificar”, “requerê-lo”) e Livro IV, Título 27,

§ 1 (“requerer”); mas o art. 683 e o art. 684 do Código Civil apenas se referem a “prévio aviso”, pois que, no art. 684, se remete ao art. 683.

A eficácia e a validade da interpelação e da notificação, atos jurídicos *stricto sensu,* dependem das regras jurídicas pré-processuais e processuais (MANUEL GONÇALVES DA SILVA, *Cominentaria,* IV, 435 s.). Se o senhorio não se manifesta pela preferência, entende-se que assentiu na alienação e pode ser depositado o laudêmio. Dá-se o mesmo se o enfiteuta propôs o preceito cominatério, em vez da interpelação do art. 311: na interpelação, as conseqüências foram

explicitadas pela lei mesma; na ação cominatória, dependem do preceito, que se põe (A.GOBIUS, *Tractatus varji,* De permissa feudi ac emphyteusis alienatione, q. 3, ns. 4-10; MANUEL ÁLVARES PÉGAS, *Resolutiones Forenses,* II, 601; *Repertório das Ordena çôes do Reino,* II, 293).

Nas interpelaçÕes segundo os arts. 311 do Código de Processo Civil, ou segundo o art. 683, alínea 2.8, do Código Civil, tem de ser observado o prazo mínimo do art. 683, alínea 1.8.

2.,EXECUÇÃO FORÇADA E DIREITO DE PREFERÊNCIA DO SENHORIO. Lê-se no art. 689: "Fazendo-se penhora, por dívidas do enfiteuta, sobre o prédio emprazado, será citado o senhorio direto, 4ara assistir à praça e terá preferência, quer, no caso o, sobre os demais lançadores, em condiçÕes iguais, quer, em falta deles, no caso de adjudicação". O que se penhora, aí, é o direito enfitêutico, direito real limitado. A elipse ressalta: penhora sobre (o direito real limitado que recai no) prédio enfitêutico (= "emprazado").

O direito de preferência é o mesmo que se daria se execução forçada não existisse, e sim alienação voluntária.

A penhora do direito enfitêutico pode levar à transferência dele, quer a terceiro, quer ao senhorio. O registro é exigido como o é para a propriedade imobiliária que se adjudica ou arremata (cp. arts. 531 e 532, IN).

Os ~rts. 532, 1 e II, e 533 são invocáveis, com a interpretação que lhes demos.

A pretensão à remição que tem o executado (Código de Processo Civil, arts. 986-991) vem antes do direito de preferência do senhorio; bem assim antes do direito de preferência do enfiteuta, se o executado é o senhorio.

3.ALIENAÇÃO DE TODO O DIREITO ENFITÊUTICO Se o direito enfitêutico compreende dois ou mais prédios e o enfiteuta quer alienar todos por preço global, não pode o senhorio exercer o direito de preferência somente quanto a um ou alguns dos prédios. Se o enfiteuta fêz preço para cada um, ou grupo, pode o senhorio exercer o direito de preferência quanto ao prédio ou grupo, que lhe interesse, se há adquirente para o resto (cf.

FRANCISCO PINHEIRO, *De Ceneu et Emphvteusi Tractatu.~,* 373).

4.MUDANÇA NA OFERTA OU NA ACEITAÇÃO. Se o enfiteuta substitui o adquirente, ou o preço, ou alguma cláusula, *há outra* oferta dele, ou a êle, e pois o senhorio pode exercer o direito de preferência quanto à nova oferta, embora não o houvesse exercido quanto à primeira (PETRUS MARCELLINUS CORRADINUS, *Tract atua de Iure* praelationis, q. 28, n. 62).

§ 2.174. Exercício do direito de preferência

1. TExTo LEGAL. Diz o art. 683, alínea 1.8, *in fine,* que "o senhorio direto tem trinta dias para declarar, por escrito, datado e assinado, que quer a preferência na alienação, pelo mesmo preço e nas mesmas condiçÕes".

Se não responde, preclui o prazo dos trinta dias. Se responde sem oferecer o preço da alienação, ou sem acordo nas cláusulas, é como se não houvesse respondido. A declaração oral é nenhuma (= não existiu). Bem assim, a declaração escrita, porém não datada e assinada, ou não assinada. Deve-se entender que a declaração não datada mas assinada, entregue dentro do prazo, há de ser preenchida com a data da entrega.

O momento antes do qual se há de avisar o senhorio é o em que se vai acordo na transmissão. Por isso mesmo, se há execução forçada, o senhorio tem de ser notificado da arrematação dos bens enfitêutico (Código de Processo Civil, art. 971), para que possa exercer o direito de preferência (MANUEL GONÇALYES DA SILVA, *Conmentaria,* IN412 s.). Portanto, antes da extração da cartas. de arrematação. Se, no negócio jurídico, se reservou a propriedade ao enfiteuta até a entrega do preço, cumpre distinguir-se se a condição é ao contrato consensual ou se é ao acordo de transmissão: ali, o aviso pode ser após o contrato consensual; aqui, tem de ser antes do acordo de transmissão (solução certa que supera o que se afirmava na doutrina luso-brasileira e no Preussisches Alígemeines Landrecht).

A alienação pode ser sem aviso prévio ao senhorio *(incontulto domino) : a)* se foi dispensada, no ato constitutivo, a consulta (= se pré-excluiu o direito de preferência) ; b) se o senhorio renunciou a êsse direito (

deu assentimento, *aponte sua)*.

Não há direito de preferência se a alienação é nula, inclusive se nulo o registro que se obteve (ÂLVAEO

VALASCO, *Decisionum Consultationum,* 1, 124; MANUEL ÁLVARES PÉGAS, *Resolutiones Forenses,* II, 669), ou ineficaz (MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Tratado de todo o Direito enfitêntico,* II, 10: .... .

quando a venda do prazo é feita por procurador, sem especialíssimo mandato", caso em que, à ratificação, nasce o direito de preferência).

O senhorio e o enfiteuta~ que não tenham exercido o direito de preferência, podem exercê-lo a cada oportunidade que se lhes ofereça.

2. MANDATO E GESTÃO DE NEGÓCIOS ALHEIOS. Se bem que os juristas dissessem que só o senhorio podia exercer o direito de preferência, isto é, pessoalmente ou por procurador, nada se obsta à gestão de negócios alheios, segundo os princi pios (Código Civil, arts. 1.831-1.335, 1.338-1.340, 1.348-1.345).

3. PRAZO PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA. O processo dos arts. 311-313 do Código de Processo Civil é aplicável a qualquer ação provocatória ou manifestatória do exercício do direito de preferência, se bem que possa ser pOsto o preceito cominatório, fundado no Código de Processo Civil, art. 302, XII, ou a interpelação do art. 683, 2ª alínea, do Código Civil. Os arts. 311 e 312 permitem a *interpelação,* fundamentada a petição (art. 311, § 1.0), designando-se o lugar em que há de ser exercido o direito (art. 311, §

2.~). Se o senhorio não comparece, o escrivão certifica-o (art. 311, § 3.0). Se ao senhorio consta que o enfiteuta vai alienar o direito enfitêutico (Código Civil, art. 683), pode notificar o enfiteuta quanto ao seu intuito de exercer o direito de preferência, mencionando o cartório, dia e hora em que assinará a escritura (Código de Processo Civil, art. 312 e § 1.0), ou apresentar-se no ato da alienação que lhe não tenha sido notificada e exercer o direito de preferência (art. 312, *§* 3~O)

O Código de Processo Civil não cogitou da petição feita pelo terceiro interessado, antes ou depois da aquisição; mas essa foi a praxe luso-brasileira, fundada em PETRUS MARCELLINUS CORRADINUS *(Tractatus de Iure praelationis,* q. 4, n. 55). O terceiro, que alegue e mostre ter ofertado, ou recebido oferta, élegitimado ativo à ação dos arts. 311 e 312, bem assim após a aquisição.

A interpelação do art. 311 e a notificação do art. 312 do Código de Processo Civil têm de ser ao próprio senhorio, ou. enfiteuta, ou ao procurador, com poderes especiais, ou ao representante legal, ou ao

relativamente incapaz e ao titular do pátrio poder, tutela ou curatela.

*

4.NÃO-COMPARÊNCIA E COMPARÊNCIA NÃO-SATISFATÓRIA.

Pode dar-se que o senhorio, interpelado, compareça ao lugar em que se há de efetuar a alienação (Código do Processo Civil, art. 311, §§ 1.0 e 2.0), porém não apresente provas de depósito feito, que não pode ser inferior ao preço e com as cláusulas da alienação que a outrem ia ser feita (FRANCISCO DE CALDAS, IV, e. 13; FRANCISCO PINHEIRO, *De Censu et Emphyteusi Tractatus,* 366 s.) : deve o escrivão certificar o que ocorreu e tal com-comparência sem exercício do direito é como se não tivesse havido. Na espécie do art. 311, § 19, o fato tem de ser presenciado por pessoas que possam testemunhar, ainda que haja sido em cartório do juízo, e o senhorio, que haja de negar o fato, tem de despachar petição de depósito, em que narre os fatos e declare estar de acordo com as cláusulas.

O senhorio também há de depositar as despesas que o enfiteuta fêz com anúncios e corretores de venda de imóveis, devida-mente comprovadas, uma vez que lhe foram apresentadas ao ser-lhe dado aviso do preço. Se o direito de preferência foi exercido após a alienação (art. 685), não tem o senhorio de devolver o que recebeu de foros entre a alienação e o exercício do direito de preferência, porque até êsse momento o exercício do direito enfitêutico aproveitou ao adquirente (sem razão, MANUEL DE ALMEIDA E SoUSA, *Tratado prático e critico de todo o Direito enfitêutico,* II, 751, onde cita a FRANCIScO DE CALDAS, *Syntagma universi luris emphyteutici,* IV, c. 13, n. 34, e FRANCISCO PINHEIRO, *De Censu et Emphyteusi Tractatus,* 368, que até aí não foram).

§ 2.175. Atos de alienação sem que dêem ensejo a direito de preferência 1.DISCRIMINAÇÃO DE ATOS ALIENATIVOS. A discriminação dos atos de alienação, que hão de dar causa a direito de preferência por parte do senhorio, e atos de alienação, que se Operam sem que tenha direito de preferência o senhorio, sempre foi delicado problema de técnica legislativa. No Código Civil, adotou-se a regra jurídica geral do nascimento do direito de preferência, em se tratando de alienação, e pôs-se, depois, como exceção, a regra jurídica do art. 688: “É lícito ao enfiteuta doar, dar em dote, ou trocar por coisa não fungível o prédio aforado, avisando o senhorio direto, dentro em sessenta dias, contados do ato da transmissão, sob pena de continuar

responsável pelo pagamento do faro". Entende-se, em boa linguagem científica: é permitido ao enfiteuta, sem assentimento do senhorio, doar, dar em dote, ou trocar por coisa não fungivel, o direito enfitêutico; se não avisa o senhorio, dentro dos sessenta dias, contados do ato da transmissão, continua responsável pelo pagamento do foro.

2.Aviso AO SENHORIO SE O ENFITEUTA DOA OU DA EM DOTE OU TROCA. O aviso do art. 688 pode ser prévio e pode ser nos sessenta dias que se seguem à transferência (isto é, ao registro). É aviso para se ver s e o senhorio tem algo a opor (Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 28, pr.: "para ver se tem algum legítimo embargo"; "legitima exceptio", diziam os juristas, *Repertório das Ordena ções do Reino,* II, 299, cf.

FRANCISCO DE CALDAS, *Syntagma unwersi Zune emphyteutici,* IV, c. 10, n. 7; ALVARO VALASCO, *Decisionum Consultationum,* II, 272 s.; BATISTA FRAGOSO, *Regiminis Reipublicae Chnistianae,* c. 3, 1. 6, d. 10, § 1, n. 6). O prazo de sessenta dias é para o enfiteuta. A ação de simulação, por exemplo, tem o seu prazo de prescrição (Código Civil, arts. 102, II, 104, 105, 178, *§* 99, V, *b),* bem como as outras ações de anulação. O

aviso do art. 688 do Código Civil faz-se conforme os arts. 720-724 do Código de Processo Civil.

O dote pode ser a pessoa estranha e incide o art. 688. e não o art. 683 ou o art. 685. Afastou-se a distinção que na doutrina anterior se fazia.

O senhorio pode opor que o adquirente a título gratuito ou por troca regida pelo art. 688 não pode solver os foros (cf. JORGE DE CABEDO, *Decisiones,* d. 103, n. 4, e d. 104, n. 3; ALVARO VALASCO, *Decisionum Consultationum,* II, 273 s.). Se o enfiteuta aliena, a despeito da *legitima exceptio* ou "embargo" do senhorio, que pode ser judicialmente ou extrajudicialmente manifestado, tem o senhorio a ação declaratória da relação jurídica de dívida (indescontinuada) dos foros pelo alienante ou a ação de condenação em que se declara, inclusamente, tal relação jurídica.

Deve o enfiteuta avisar, nos termos do art. 688, ainda se o dote foi com reserva de usufruto e cláusula *constituti* (MANUEL ALVARES PÉGÁS, *Resolutiones Forenses,* IN, 282). Se foi puramente remuneratória a doação, paga-se laudêmio (FRANCISCO DE CALDAS, *Suntagma universi fui-is emphyteutici,* c. 16, n. 24 e n. 42; BATISTA FRÁGOSO, *Regiminis Reipublicae Christianae,* 111,1. 6, d. 13, § 1, n.

19), mas a doação *in qua ezercetur beneficium merae gratitudinis* não é remuneratória (Autxs PINHEL, *Ad const. Cod. de bonis maternis,* L. 1, p. 3, n. 60).

Doações mútuas perfazem compra-e-venda, ou troca, e deve-se, ou não, laudêmio, conforme se perfaz a figura do art. 683 ou a do art. 688.

(As doações *ob causam,* como a em que o enfiteuta, que tem (prestar alimentos, enriquece o alimentando para escapar à ação de alimentos, encobre alienação a titulo oneroso: é dação *in solutum.*

§ 2.176. Infração do dever de aviso

1.DO AVISO PRÉvIO. Se o enfiteuta aliena o direito enfitêutico sem *prévio aviso* ao senhorio (arts. 683 e 685), não basta essa omissão para que se possa decretar o isso. No L. 3, *in fine,* C., *de emphyteutico iure,* 4, 66, para a espécie e que o pacto não havia previsto a solução, adotou-se, da dúvida que existia, quanto *à* sanção, em caso de o enfiteuta alienar o direito enfitêutico sem assentir o senhorio, a da *caducidade* do direito enfitêutico. Nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 38, § 1, disse-se: "E sendo a venda, escambo, doação, ou qualquer alheação feita em outra maneira sem autoridade do senhorio, será nenhuma, e de nenhum vigor, e o foreiro por êsse mesmo feito perderá todo o direito que tiver na coisa aforada, e tudo será devolvido, e aplicado ao senhorio, se o quiser". i,Nascia ao senhorio o direito formativo extintivo, Ou a pretensão à desconstituíção, ou o comisso tinha de ser declarado? A última construção não se ajustaria ao final das Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 38, *§* 1, *verbis* "e aplicado ao senhorio, se o quiser". A pretensão à desconstituição melhor traduzia o que se passava. Havia a sanção da nulidade, a da opção ou prelaÇÃO e a do comisso.

Hoje, temos a sanção da preferência (arts. 683) e a ação constitutiva negativa contra o próprio adquirente (art.

685):

não mais se tem o comisso por simples infração do dever de prévio.

Há, aqui, questão que precisa ser examinada: a da posição do terceiro que adquiriu a enfiteuse ao terceiro que a adquirira do enfiteuta. Ésse terceiro não só é terceiro em relação ao senhorio: também o é em

relação ao enfiteuta que, sem aviso ao senhorio, interpelando a êsse, que poderia exercer direito de preferência, alienou o direito enfitêutico, com infração do art. 683. Ésse terceiro, ao adquirir ao primeiro terceiro, está sujeito a que o senhorio venha contra êle, por infração do art. 683, no que concerne à nova alienação do direto enfitêutico. Se o alienante não interpelou o senhorio, a ação desse pode ir contra o segundo terceiro e, portanto, contra o primeiro terceiro, tendo o juiz de desconstituir as duas alienações. Se o alienante, primeiro terceiro, interpelou o senhorio por ocasião da alienação ao segundo terceiro, no prazo para que o senhorio exerça o direito de preferência há de êsse exercê-lo, havendo o direito enfitêutico sem necessidade de desconstituição da primeira alienação, se o preço é o mesmo ou inferior; se haveria vantagem em que o senhorio tivesse adquirido ao primeiro alienante, pode êle ir com ação contra 6 primeiro terceiro, citado o segundo terceiro, se não convém exercer o direito de preferência quanto à segunda alienação. É possível o pedido alternativo: desconstituição da primeira alienação, ou, se negada, a constituição da transferência pelo exercício do direito de preferência no tocante à segunda alienação.

2.ENFITEUTA QUE IGNORA SER ENFITEUTA. Se o enfiteuta alienou sem o assentimento do senhorio e aquele e o adquirente não sabiam que o direito era enfitêutico, a alienação é eficaz, exceto em relação ao senhorio, que continua com o direito de preferência a que se refere o art. 685 do Código Civil.

O direito de preferência persiste porque, *ez hypothesi,* não houve o aviso a que se refere o art. 688 do Código Civil: o prazo preclusivo não se iniciou. Desde que o senhorio vem a saber da alienação pode tomar a atitude de ratificar (pós-eficacização) ou de exercer o direito de preferência, devendo, então, *haver* do adquirente o prédio pelo preço da aquisição. Não se iniciou o prazo preclusívo do art. 683, *verbis* "trinta dias". O exercício do direito de preferência encontra óbice, que tem de ser afastado: o da aquisição, provavelmente com registro feito, do direito real limitado de enfiteuse. A ação contra o adquirente é constitutiva negativa. Não se confunda a pretensão constitutiva negativa do art. 685 com o direito formativo gerador (arts. 683 e 685) : aquela é prescritível; êsse, não. Ésse somente pode ficar sujeito ao prazo preclusivo dos trinta dias de que fala Wart. 683.

Resta saber se, ainda depois da aquisição por terceiro (art. 685), pode o alienante ou o adquirente interpelar o senhorio, segundo o art. 688. A resposta é afirmativa.

1.DE LAUDÉMIO. Laudêmio é a prestação que deve o enfiteutá pela alienação do direito enfitêutico nos casos em que o senhorio poderia preferir ao adquirente. Os inimigos a .enfiteuse. não precisariam de mais do que abolir o laudêmio, co *2* é Código Civil italiano, art. 965, alínea 2.~. Aboliu-o e vedou-o. Tal abolição e tal vedação não seriam ofensivas à

regra jurídica constitucional que considera contrárias a Constituição de 1946, art. 141, § 39, as leis que firam o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada: a nova regra jurídico‟ somente apanharia as alienações posteriores a ela. Não há qualquer direito adquirido a que, pelas alienações, pague o enfiteuta o laudêmio por ocasião de alienações ainda não comunicadas ao senhorio. O direito ao laudêmio somente nasce no momento em que se vai alienar o direito enfitêutico. Pode, antes, ser aumentada ou diminuída a percentagem, ou o momento de se pagar ou determinar-se diferentemente quem O deve. Tal regra jurídica nova é como a regra jurídica que aumenta ou diminui os prazos para prescrição ou para usucapião enquanto não transcorreram.

Discutia-se, no direito anterior, se era devedor do laudêmio o alienante ou o adquirente. Alegava-se, com o direito Comum, que o beneficiado era o adquirente, e desde ACÚRSIO assente foi que era ao adquirente que Incumbia pagar. Mas as Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 38, pr., não permitiam dúvidas, nem distinções, como a de se ter avisado antes ou depois da alienação (SILVESTRE COMES DE MORAIS, *Tractatus de E~recutionibus,* V, 63 s.; cf. Lei de 4 de julho de 1768, que poderia fazer supor-se o contrário). Hoje, o art. 686

é explícito *(verbis* “receber do alienante o laudêmio”).

Diz o art. 686: “Sempre que se realizar a transferência do domínio útil, por venda ou dação em pagamento, o senhorio direto, que não usar da opção, terá direito de receber do alienante o laudêmio, que será de dois e meio por cento sobre o preço da alienação, se outro não se tiver fixado no titulo de aforamento”.

Ao laudêmio chamava-se *quinquásima,* que era a qilinquagésima parte do preço. Nos diferentes Estados europeus, outros nomes exsurgiram, como *quarts.ria, decima, forisca.pium, releviura, acordo, capudiolidum, bajilivatus* e *rachatum.*

Onome laudêmio, *laudemium,* proveio de a *laudando,* pela aprovação do nôvo sucessor, por parte do senhorio.

Direito dominical, de que se fala na L. 3, C., *de emph~teutico iure,* 4, 66, sem se dar nome. No velho direito português, *quarentena* dizia-se nas Ordenações Filipinas, Livro 1, Titulo 62, § 48, e Livro IV, Título 38, ou *terrádigo,* "laudêmio, ou certa parte do preço, ou estimação da coisa vendida, que paga o foreiro, quando com licença, e consentimento do direito senhorio a vende, troca, dá, ou alheia ... Ainda hoje em algumas partes deste reino se não esqueceu de todo a palavra *terrádego"* (JOAQUIM DE SANTA ROSA DE VITERSO, *Elucidério das Palavras, Termos e Frases que em Portugal antigamente se usaram,* 1, 252).

2. DIVIDA DE LAUDÉMIO. A natureza da divida de laudêmio é de grande relevância para se saber se é oriunda da regra jurídica que o atribui ao senhorio, se não exerce o direito de preferência, ou se é cláusula do negócio jurídico. O laudêmio deriva da lei, que permite fixá-lo em mais ou em menos. O direi-

- to de preferência rege-se pela lei do momento em que se tem de conhecer da alienação. Assim o laudêmio, que só se deve se aquêle houve alienação do direito enfitêutico, a titulo oneroso (art. 686, *verbis* "por venda ou dação em pagamento"). Ficam fora os negócios jurídicos de doação

e dote, ou troca por coisa não fungível (art. 688). Todavia, se a doação é simplesmente remuneratória, há obrigação de laudêmio, sem que se repute meramente remuneratória a doação por simples gratidão (= sem dívida, que se pague). A doação para solver dívida cuja pretensão prevaleceu é dação em soluto.

O fato de ser o laudêmio pago pelo alienante afasta a interpretação (que poderia ser a melhor para a L. 3, C., *de emphyteutico iure,* 4, 66) de se tratar de prestação pela posse (13. EL E. WILCKE, *Diss. nper laudemii exactione,* VI).

3.MOMENTO EM QUE SE COMEÇA DE DEVER O LAUDÉMIO. Deve-se o laudêmio no momento em que se acordo na transmissão, porque já então se investe o outorgado do poder de levar a registro, se precedeu assentimento do senhorio. Se o senhorio não assentiu e ratificou a falta de assentimento, deve-se desde que o acordo de transmissão se fêz sem o seu assentimento. As considerações que se bordavam em tôrno da cláusula *constituti* não mais têm cabimento, porque a transmissão da propriedade e do direito enfitêutico se opera com o registro, e não com a tradição: o que transferiu o direito enfitêutico

deve o laudêmio, ainda que lhe tenha ficado a posse do bem, pelo constituto possessório.

Não se deve o laudêmio enquanto o pretendente não aceita a oferta, ou enquanto o enfiteuta não aceita a oferta do pretendente, se na aceitação já está aceitação que importe em ficar composto o acordo de transmissão. As punctações ou preliminares não bastam.

Se o acordo de transmissão é nulo, não se deve laudêmio. *Áliter,* se é apenas anulável, porque a anulação somente pode dar, em virtude da desconstituíção, a ação de enriquecimento injustificado contra o senhorio.

Se o enfiteuta acordo na transmissão, mas foi resolvido o contrato (art. 1.092, parágrafo único) ou rescindido por vicio redibitório (arts. 1.101-1.105) antes do registro da transmissão, tem o enfiteuta, no primeiro caso, a ação de enriquecimento injustificado contra o senhorio e não na tem no segundo. Se a demanda foi simulada (processo só apafente), para se anular a alienação, ou resolver ou rescindir o negócio jurídico, o senhorio não é obrigado a restituir o laudêmio recebido (ANTÔNIO Tmzs LEITÃO DE LIMA, *Gommentaria in articulos GabeUarum~* 146; FRANCISCO PINHEIRO, *De Censu et Emphyteusi Tract&. tus* 206).

SQa venda se fêz *ad mensuram,* enquanto não se procede à mens ração não se deve o laudémio (FRANCISCUS

FULOINEUS, *Tractat a de Iure empk$eutico,* q. 8, n. 46). Se foi atribuído te no arbitrar o preço (art. 1.123), só se deve o laudêmio quando for arbitrado o preço. Se condicional suspensivamente, enquanto não se satisfaz a condição não se deve o laudêmio (BATISTA FRAGOSo, *Regiminis Reipublicae Christianae,* IN, L. 6, d. 13, §

2, n. 8).

Se a compra-e-venda se faz com pacto *de retro vendendo,* deve-se o laudêmio pela alienação, porém não pela volta do bem enfitêutico (FRANCISCO PINHEIRO, *De Ceneu et Emphvteusi Tractatus,* 257 s.). Se já passou o tempo do art. 1.140, *verbis* “em certo prazo”, a volta do bem deriva de outro negócio jurídico e é devido o laudêmio. Dá-se o mesmo se o pacto *de retro vendendo* foi posterior à alienação pela qual se pagou laudêmio.

4.CESSÃO DA AÇÃO DE REIVINDICAÇÃO E LAUDÉMIO. Se o

eúfiteuta cede a ação reivindicatória, onerosamente, deve laudêmio (FRANCISCO DE CALDAS, *Syntagma universi 1w-is emphyteutici,* IV, c. 16, n. 77) a partir do trânsito em julgado da sentença favorável (cf. A. DE OLEA, *Tractatus de Cessione jurium et actionum,* t. 7, q. 5, n. 25).

Discutiu-se se há laudêmio pela cessão do direito se o arrematante a faz antes de tomar posse do bem enfitêutico (hoje, antes da cartas. de arrematação ou de adjudicação, mas depois da assinatura do auto de arrematação ou de adjudicação, Código de Processo Civil, arts. 976, 980, 981-985) ; e a solução que se dava era um tanto contraditória (cp. MANUEL ALVARES PÉGAS, *Commentaria ad Ordinationes,* IX, 569; A. DE

OLEA, *Tractatus de Cessione inrium et actionum,* t. 7, q. 5, n. 23; ANTÔNIO TELES LEITÃO DE LIMA, *Commentaria in articulos Gabeilarum,* 77). Temos de assentar que o arrematante tem de pagar laudêmio se cedeu o direito ao bem enfitêutico arrematado, como o tem de pagar o enfiteuta.

5.SERVIDÃO E LAUDÊMIO. Para que se dê servidão no prédio enfitêutico tem de haver consentimento, não só assentimento do senhorio, porque a servidão não é só sobre o direito enfitêutico, é sobre o bem objeto de domínio e de enfiteuse. Algo se aliena do prédio mesmo. ~, Deve-se laudêmio? Não; deve-se mais: deve-se o preço da servidão, no que atinge o domínio (cf. FRANCISCUS FULGINEUS, *Tractatus de Iure emphvteutico,* q. 35, n. 8; cp. FRANCISCO DE CALDAS, *Syntagma universi luris emphyteutici,* c. 16, n. 80). A "servidão" em que anuir o enfiteuta, sem que nela consinta o senhorio, servidão não é, mas direito pessoal.

Tanto se paga laudêmio por ocasião do auto de arrematação ou de adjudicação quanto a cada cessão do direito do arrematante ou do adjudicatário. O senhorio tem de ser interpelado (cf. Código Civil, art. 689). A cada cessão tem de assistir, ou exercer direito de preferência, ou alegar contra o negócio jurídico. Se bem que os alienantes é que devam os laudêmios, durante a execução forçada ou a venda judicial, o preço depositado responde. Responde o último outorgado, com ação regressiva contra os anteriores, inclusive o arrematante, no que bem advertiu AMADOR RoDRIGUES.

6.PAGAMENTO DEVIDO E NÃO PAGO ANTES; LAUDÉMIO. Se o adquirente vem a ter de pagar mais do que o que entregara, sobre isso paga-se laudêmio (FRANCISCO DE CALDAS, *Syntagma 1.zniversi luris*

emplzyteutici, IV, c. 16, n. 6; FRANCISCO PINHEIRO, *De Censu et Emphyteusi Tractatus,* 296 s.). Não se restitui parte do laudêmio pago se vem a ser diminuído o preço.

7.TROCA E LAUDÉMIO. ~O laudêmio é devido em caso de troca? No art. 686 fala-se de venda ou dação em pagamento. No art. 688, pré-exclui-se a exigência do assentimento do senhorio se a troca é por algo não fungível; de modo que havemos de interpretar que a troca, se o objeto, pelo qual se troca o direito enfitêutico, é fungível, se tem como compra-e-venda, para a incidência dos arts. 683, 685 e 688. O senhorio ou assente ou exerce o direito de preferência. Se a coisa, pela qual se troca, não é fungível, só há o dever de aviso, cuja finalidade é outra. A solução, no direito anterior, era diferente, e tinha de ser dif e-rente (MANUEL DE

ALMEIDA E SOUSA, *Tratado prático e critico de todo o Direito enfitéutico,* II, 117 s.).

8.DOAÇÕES, DOTES E LAUDÊMIOS. A regra é que de doações e dotes não se paga laudêmio, e eram explícitas as Orde nações Filipinas, Livro IV, Título 88. Mas há limitações: *a)* .se a doação é remuneratória (FRANCISCO PINHEIRO, *De Censu et Emphvteusi Tractatus,* 80), mútua (cum potius venditio quam donatio reputetur, FRANCISCUS FULGINEUS, *Tractatus de Iure emph~teutico,* q. 6, n. 5), ou *ob causam (Repertório das Ordenações do Reino,* 300). Se o dote foi *ob causam,* há laudêmio; bem assim se houve mútuo, ou se houve contraprestação, caso em que se há de distinguir da parte gratuita a parte sinalagnática (BATISTA FRAGOSO, *Regiminis Reipublicae Christiano,e,* P. 1, 1. 3, d. 8, n. 56; ANTÔNIO TELES LEITÃO DE LIMA, *Commentaria. in articulos Gabeliarum,* 49). Veja § 2.175.

9.TRANSAÇÃO E LAUDÉMIO. No caso de transação,. tem-se de verificar se foi transferido direito enfitêutico que constava do registro ou se o não foi. Ficam superadas, assim,. as discussões em tôrno de FRANCISCO DE CALDAS *(Syntagma 1ws emphyteutici,* IV, c. 16, n. 49), com as distinções embaraçantes que fazia; mas havemos de atender ao que antes se escreveu sobre o direito de preferência em caso de transação.

10.CONDOMÍNIO E LAUDÉMIO. Se há condomínio e um. dos condôminos exerce o direito de preferência (arts. 683, 685 e 689), ~„tem-se de pagar o laudêmio, *pro rata,* como se fosse estranho que adquirisse a parte?

Não; porque o enfiteuta deixou de alienar a quem pretendia alienar.

O senhorio teria direito ao laudêmio se o seu direito de preferência viesse antes do direito de preferência dos condôminos; e não vem. O enfiteuta quis alienar a terceiro e o condômino ou os condôminos exerceram o direito de preferência, que a lhes atribui. Não é o mesmo caso do enfiteuta que quer alie ar ao condômino ou aos condôminos e esses adquirem sem exercicio de direito de preferência.

11.TRANSMISSÃO HEREDITÁRIA E LAUDÉMIO. A transmissão hereditária não paga laudêmio, ainda que o direito enfitêutico e venha a partilhar ou adjudicar a um só ou alguns dos assessores a causa de morte (cf.

Alvará de 17 de dezembro de 1775, Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 86, *§* li", e Titulo 96, § 23). *Áliter,* se a estranho se transfere, na arrematação, ou adjudicação, ainda se tal estranho é cessionário de algum herdeiro. A *ratio legis* está em que, embora haja executividade na atribuição além da quota hereditária, os arts.

683, 685 e 688 não se referiram à herança, de modo a ter-se de discutir se a espécie cabe no art. 683 ou no art.

685, ou se cabe no art. 688. Cogitou da espécie o art. 681. O problema que persiste é o do herdeiro, que também se apresenta como cessionário, porque houve alienação da parte indivisa e se tem de apurar se incide o art. 688

ou se incidiu o art. 685, ou se incide o art. 688. Certamente, o direito de preferência do comuneiro (arts.. 632 e 1.777) passa à frente do direito de preferência do senhorio e não há pensar-se em prelação por parte, do senhorio se é o comuneiro que adquire a parte que é de outro. Se de direito de preferência não se poderia cogitar, também não se pode pôr em dúvida que o laudêmio seja devido: só não se deve laudêmio onde se poderia alegar direito de preferência. Razão tiveram FRANCISCO DE CALDAS e FRANCISCO PINHEIRO, mais do que aquele, em só apontarem como devedor de laudêmio o terceiro ou herdeiro cessionário do herdeiro.

12.SUBENFITEUSE E LAUDÉMIO. Se o subenfiteuta aliena a subenfiteuse está sujeito ao que se estabelece nos arts. 683, 685 e 689, ou no art. 688. Mas ~a quem paga o laudêmio? Respondia-se que ao senhorio, e não ao enfiteuta (MANUEL DE ALMEIDA E SousA, *Tratado prático e critico de todo o Direito enfitéutico,* II, 184).

Se o subenfiteuta quer alienar o direito subenfitêutico, ~tem de observar os arts. 683, 685 e 689, bem como o art. 688, *em relação* ao *enfiteuta.* A. êsse é que se deve o laudêmio, e não ao senhorio (no direito anterior, a solução admitida era a contrária, FRANCISCO DE CALDAS, *Syntagma universi Juris emphyteutici,* 1, q. 15, n. 19, e IV, c. 16, n. 84 e 89; ANTÔNIO DA GAMA, *Decisionum,* d. 244, n. 7 e 8, d. 329, n. 5; FRANCISCO

PINHEIRO, *De Censu et Emphyteusi Tractatus,* 238 s. e 291). Ao senhorio é que tocava o direito de preferência, não ao enfiteuta (PETILUS MARCELLINUS CORRAIJINUS, *Tractatus de Iure praela tionis,* q.

31, n. 62, que o aprendeu em FRANCISCO DE CALDAS); „nas o art. 694 impede tal interpretação.

8 2.177. LAUDÊMIO 13. NULIDADE OU ANULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO DA ENFITEUSE E

PAGAMENTO. Se houve pagamento do laudêmio, enquanto não se decreta nulidade ou anulação do negócio jurídico não se tem de restituir (FRANCISCO DE CALDAS, *Syntagma universi Juris emphyteutici,* c. 16, n.

69; ANTONIO TELES LEITÃO DE LIMA, *Commentaria in articulos Gabeilarum,* 145). Durante o processo pode o senhorio alegar o conluio (FRANCISCO PINHEIRO, *De Censu et Em phvteusi Tractatus,* 296 s.), ou opô-lo na ação de restituição (ação condenatória).

Nem se restitui se houve dolo, violência, ou outra causa invalidante ou rescindente ou resolutiva, atribuida ao alienante (ANTÔNIO TELES LEITÃO DE LIMA, *Commentaria iv articulos Gabellarz4m,* 151), porque, então, o autor estaria alegando a própria torpeza.

14. REMISSÃO DA DIVIDA DE LAUDÊMIO. Se o senhorio dispensa o laudêmio, há remissão de dívida, e não renúncia (declaração unilateral de vontade do credor). Não se presume a remissão da divida (a própria entrega do objeto empenhado prova a renúncia do credor à garantia real, porém não a extinção da dívida, Código Civil, art. 1.054) ; mas há remissões tácitas de dívida. A prescrição da ação para haver o laudêmio é a do art. 177 (vinte anos), mas isso nada tem com presunções. A dívida de laudêmio é pessoal, porque está em lugar do direito de preferência, que o seu titular não exerceu.

(É preciso atender-se, cautelosamente, à diferença: a dívida da pensão ou foro é *real;* a do laudêmio, não. A lei mesma frisou que devedor do laudêmio é o alienante.)

15. NATUREZA DA AÇÃO DE LAUDÉMIO. A ação para haver o laudêmio pareceu a alguns ação real, a ação hipotecária (A. FABER, 5. GRATIANUS, B. CARPZOV e G. E. AYRER). Nenhuma lei havia em que se pudesse estear tal afirmação. Pretendeu .1.C. C. SCHRãTER *(Theoretische und praktische Abhandlung von der Lehnwaare,* 711), que caberia a *actio confessoria utilis;* e Epn. CHR. voN DABELOW *(Ausfiihrliche Erlãuterung der Lehre vom Concurse der Gidubiger,* 607), após 1. F. RiviNus *(Programmata ex vario iure,* 4, pr. II), e C. F. WALCH *(Introductio iv controversias inris civilis,* 799), que a pretensão ao laudêmio seria extrinsecação da propriedade. Mas nem a pretende-las são laudemial é servidão, nem se vai contra ela, se só se deixa de pagar. A ação é pessoal, e assim se assentou, na melhor doutrina, desde os juristas portuguêses, a que se seguiram A.DE LEYSER *(Meditationes ad Pandectas,* sp. 104, m. 2), J. H. BOERMER *(Doctrina de Áctionibus,* seção II, c. VII, § 166) e G. L. MENCKE *(Introductio iv* Doctrina *de Actionibus,* 278). No mesmo sentido, J. L. SCHMIDT *(Praktisches Lehrbueh von gerichtlichen Klagen und Einreden,* § 1015). Ainda se discutiu qual seria essa ação pessoal: se a ação enfitêutica, derivada do contrato *(actio emphyteuticaria),* se a *condictio ex lege ultima codicis de emphyteutico íure.* Os autores acima referidos acolhiam a primeira solução; Fr. KARL vON fluiu *(Ausfiihrliche ErUuterung,* 218), a segunda, sem razão, porque a ação pelo laudêmio foi anterior à L. 3, C., *de emphyteutico iure,* 4, 66, e a *condictio ex lege* suponha ser nova a *lez* (cf. L. unica, D., *de condictione ex lege,* 18, 2), ou não se ter determinado a classe da ação sobre *certum* (cf. L. MIT‟rEís, Zur Lehre von der sog. *condictio generalis, .Therings Jahrbiicher,* 89,. 153 s.).

Querendo reforçar, processualmente, a pretensão do senhorio, alguns sistemas jurídicos atribuíram-lhe o procedimento da ação hipotecária (cf. Fr. KARL VON BURI, *Aus/libliche ErUuterung,* 215), ou a executividade (Lei de 4 de julho de 1768; Código de Processo Civil, art. 298, IX, *verbis* "laudêmios"). Mas tais providências das leis são derivadas de sugestões da vida prática e só se referem ao procedimento; não, ànatureza do direito, ou da pretensão, ou da ação (no sentido do direito material). Por onde se vê que o argumento tinha de ser posto de lado, definitivamente.

FRANCISCO PINHEIRO *(De Censu et Emphyteusi Tractatus,* 289) conhecia a disputa sobre ser real ou pessoal, com as duas filas de nomes pela afirmativa (MANUEL BARBOSA, *Remissiones doctorum,* L.

IV, Título 38, pr., n. 56; AGOSTINHO BARBOSA, *Collectanea Doctorum,* ad cap. potuit de locato, n. 43; fiATISTA FRAGOSO, *Regiminis Reipublicae Christianae,* II, d. 13, *§* 1, n. 5), que se deixaram levar pela assimilação medievalesca à décima *(gabeila),* e pela negativa (FRANCISCO DE CALDAS, *S~ntagma universi luris emphyteutici,* IV, c. 16, 88, e ALVARO VALASCO, *Quaestionum Inris empkyteutici,* q. 4, n. 7) e argumentou: ~ tacita hypotheca nunquam admittitur, nisi iure expresso resperiatur inducta. Nuílo autem iure cautum reperitur, ut res emphyteutica sit hypothecata, aut obligata pro laudemio SILVESTRE COMES DE MORAIS *(Tractatus de Executionibus,* V, 63 s.) não tinha dúvida sobre ser pessoal a ação de laudêmio, negando-lhe a executividade se ilíquido o laudêmio, mas atribuindo-lhe rito sumário, com a liquidação depois.

O Código de Processo Civil, art. 298, IX, inclui a ação para haver o laudêmio entre as ações executivas de cognição inicial incompleta.

§ 2.178. Direitos reais limitados e enfiteuse

1.DIREITOS REAIS LIMITADOS SOBRE O DIREITO ENFITÉUTICO.

O direito enfitêutico pode ser gravado: por outra enfiteuse (subenfiteuse), por usufruto, uso, habitação, hipoteca, anticrese, renda imobiliária. A particulares, pessoas físicas e jurídicas, e a entidades estatais pode ser hipotecado o direito enfitêutico, ou sujeito a anticrese. Pode ser objeto, também, de hipoteca judicial (Código de Processo Civil, art. 284; cp. Código Civil, art. 824) e de hipoteca legal. Se a enfiteuse vem a extinguir-se, extinguem-se os direitos reais que sobre o direito enfitêutico o enfiteuta constituiu (Código Civil, art. 648).

2.CONSTITUIÇÃO DE DIREITOS REAIS LIMITADOS SOBRE O DIREITO ENFITÊUTICO. Os arts. 683

e 685 sOmente concernem aos atos de alienação, não aos de gravame (FRANCISCO DE CAL-DAS, *Suntagma,* IV, cap. 5, n. 61; MANUEL GONÇALVES DA SILVA, *Commentaria,* IN, 411: „a... bona emphyteutica possunt irrequisito domino pignori dari, vel hypothecari"; cf. ANTONIO DA GAMA, *Decisionum,* d. 28, n. 2, e 214, n. 4; ÁLVARO VALASCO, *Decisionum Congultadionum,* II, 446; AGOSTINHO BARROSA, *Castigationes a Additamenta,* n. 109; MANUEL ÁLVARES PÉGAS, *Resolutiones Forenses,* II, 615), salvo se houve pacto expresso de proibição (FRANCISCO DE CALDAS, *Syntagma,* IV, cap. 5,

n. 61; FRANCISCUS

FULGINEUS, *Tractatus de Iure emphyteutico,* q. 38, n. 1), como se houve clausulação de inalienabilidade ou de impenhorabilidade (Código Civil, art. 1.676).

Se houve proibição de hipoteca, a hipoteca, ou anticrese, que se constitua, é relativamente ineficaz, e não *nula.*

Sabia-o já o CARDEAL DE LUCA. A ineficácia relativa dura enquanto não se extingue a enfiteuse. MANUEL

GONÇALVES DA SILVA *(Com.menta.ria,* IN, 411) aplicou, implicitamente, o princípio da relativa ineficácia.

A pós-eficacização (Tomos IV, §§ 374, 1, 381, 1; XI, § 1.244, 10; XV, §§ 1.751, 8, e 1.754; sobre ineficácia relativa, V, §§ 529, 4, e 532, XIV, § 1.592, 1; e XVII, § 2.024, 2)

pode dar-se, sem que atinja o sucessor do hipotecante, para o qual não era eficaz *(aliter,* se o era, porque não lhe interessa o ato do senhorio).

3.SERVIDÕES E ENFITEUSE. Quanto às servidões, atingem, de regra, o domínio, de modo que o senhorio há de nelas consentir, e não só assentir. Sem o consentimento dele há apenas direito resolúvel do outorgado. Se a servidão foi consentida, algo se deve ao senhorio, porque algo se lhe tirou. Laudêmio, sim, não é devido. Se a servidão foi sem consentimento do senhorio, rege, por analogia, o art. 647, salvo se a causa da extinção da enfiteuse foi renúncia, ou comisso, ou distrato, porque, então, é de se invocar, por analogia, o art. 648. A servidão aparente pode adquirir-se segundo o art. 698 contra o enfiteuta e o senhorio.

As servidões adquiridas pelo enfiteuta não acabam ao extinguir-se a enfiteuse (cf. VITO DE Pn~ao, *Dell"Enfiteusi,* 107), razão por que foi absurdo o que disseram GINo SEGRÉ, em nota àtrart. italiana de GLÍICK (VI, § 603, nota *u),* e BIAGIO BRUGI *(Ii Dirítto civile italiano,* II, 389), quanto a poder o enfiteuta *remittere* servidão se foi êle quem a adquiriu para o prédio.

Se a servidão é sob condição resolutiva ou termo resolutivo, o que, conforme veremos, é admissível no direito brasileiro, a causa da extinção da enfiteuse pode coincidir com a condição, ou ser o termo resolutivo o de extinção da servidão, mas isso de modo nenhum infirma o que acima expusemos. Trata-se de coincidência de fatos

extintivos.

4.EXTINÇÃO DA ENFITEUSE E DIREITOS REAIS LIMITADOS. Se a enfiteuse se extingue por fato de comisso, ou de renúncia, ou de distrato, os direitos reais limitados (usufruto, uso, habitação, renda imobiliária, hipoteca, anticrese) não acabam, devido a serem, eles mesmos, concebidos a termo (Código Civil, arts.. 739, II, 745, 748, 761, II) e a extinção não resultar do ato constitutivo da enfiteuse. Se dele resultasse, regeria o art. 647

do Código Civil; dele não resultando, incide o art. 648.

5.DIREITOS REAIS A FAVOR DO PRÉDIO ENFITÉUTICO. Pode o enfiteuta adquirir servidões, *domino inconsulto:* ou a servidão só interessa à enfiteuse, ou interessa ao domínio e à enfiteuse. Levantou-se a questão de se saber se o enfiteuta, que adquiriu a servidão, e renuncia a ela, ou de qualquer modo liberta o prédio serviente, tem de avisar o senhorio. PETRUS MARCELLINUS CORRÀDINUS *(Tractatus de Iure praelationes,* q. 16, n. 26) entendia que, se a servidão interessa ao senhorio, tem êle direito de preferência.

Vamos além: o que acede ao prédio aproveita ao senhorio, e a servidão, que o enfiteuta adquire, não é direito real que toque a êle, mas a quem for senhorio, enfiteuta ou usufrutuário do prédio. Da servidão é titular quem o é do domínio, da enfiteuse, do usufruto, do uso ou da habitação, salvo condição ou termo.

§ 2.179. Dívidas do enfiteuta e execução

1. DIVIDAS E ENFITEUSE. O direito real limitado, que é a enfiteuse, embora perpétuo, pode ser sujeito a condição resolutiva ou termo resolutivo, como a propriedade alodial, desde que após o advento da condição ou termo haja direito enfitêutico. A perpetuidade é quanto ao direito, não quanto aos titulares. As dividas do enfiteuta, que têm de ser executadas, sõmente podem apanhar a enfiteuse resolúvel, salvo se não há qualquer determinação mexa (termo ou condição) a êsse direito. Assim, o que se manda à arrematação, na execução por dívidas do enfiteuta, é o seu direito enfitêutico, tal como é.

A servidão pode ser a favor do prédio somente durante a enfiteuse, ou porque só a utilização pelo enfiteuta se preveja, ou porque só ao enfiteuta possa ser útil (§ 2.192, 2). O que é preciso é que a servidão

se insira no prédio dominante, ainda que dependa da existência da enfiteuse. A enfiteuse não pode ser temporária; a servidão, sim (§ 2.196, 5).

Insistamos no assunto. Se a enfiteuse não é sujeita a condição ou termo, a execução apanha o direito enfitêutico, que é sem determinação mexa. Se a enfiteuse é concebida como sujeita, subjetivamente, a condição ou termo, inclusive em fideicomisso, ou fidúcia, a execução apenas atinge o direito de quem tem, no momento, o direito, e não a enfiteuse para além da condição ou do termo, ou da fideicomissão, ou fidúcia. A enfiteuse, objetivamente, é perpétua, e não se pode inserir no ato constitutivo condição ou termo, que a torne temporária.

Porém nada impede que se distribua, no tempo, a subjetividade (A até o implemento da condição o ou advento do termo *t,* E após isso).

2. DIREITO DE PREFERÊNCIA DO SENHORIO. O senhorio tem o direito de preferência a que se refere o art. 689. Tem-no o enfiteuta em se tratando de execução do direito subenfitêutico.

3. USUFRUTO DO DOMÍNIO E LAUDÊMIO. O domínio, em caso de haver enfiteuse, é suscetível de usufruto: aí, usufruto há somente do que não é conteúdo da enfiteuse. Então, tem-se de distinguir do que é fruto o que fruto não é: o laudêmio é fruto de direito dominical; o direito enfitêutico que o senhorio recebe em virtude de comisso, consolidando-se o domínio (art. 692, II), ou em caso da renúncia do art. 687, ou do ato jurídico do art. 691, não no é, mas o usufruto ganha em conteúdo.

Temos de prestar atenção ao que pode acontecer, no tocante aos direitos reais limitados: a) O domínio, ainda havendo enfiteuse, que é direito real limitado, pode ser *gravado* com outros direitos reais limitados. Pode haver usufruto do domínio, não, porém, uso do domínio, ou habitação do domínio. Pode haver hipoteca do domínio e, até, anticrese.

b)A enfiteuse (= o direito enfitêutico) pode ser gravada, como o domínio. Pode haver usufruto, uso e habitação do bem enfitêutico. Pode haver hipoteca ou anticrese do bem enfitêutico. Nada obsta, portanto, a que haja usufruto outorgado pelo senhorio e usufruto, ou uso, ou habitação outorgado pelo enfiteuta. Ou hipoteca outorgada pelo senhorio e hipoteca outorgada pelo enfiteuta. Ou anticrese por um e anticrese por outro. Ou hipoteca por um e anticrese por outro. O

objeto é sempre diferente em quaisquer desses negócios jurídicos, em quaisquer desses direitos reais limitados.

Sempre, porém, que a ação contra o senhorio, ou contra o enfiteuta, pode ter a conseqUência de execução que apanhe o domínio ou a enfiteuse, tem de ser citado o outro (cf. art. 688 do Código Civil). O art. 689 só alude ao enfiteuta, se a penhora recai no bem enfitéutico, mas a existência do art. 684 impõe a interpretação do art. 689

que o leia como referente ao enfiteuta e ao senhorio: é mais revelação do direito que se exprimiu nos arts. 683 e 684 do que regra jurídica nova e especial.

CAPÍTULO VI

EXTINÇÂO DO DIREITO ENFITÊUTICO

§ 2.180. Causas de extinção

1.TEXTO LEGAL. Lê-se no art. 692: “A enfiteuse extingue-se: 1. Pela natural deterioração do prédio aforado, quando chegue a não valer o capital correspondente ao foro e mais um into deste. II. Pelo comisso, deixando o foreiro de pagar as pensões devidas, por três anos consecutivos, caso em que o senhorio o indenizará das benfeitorias necessárias. IN. Falecendo o enfiteuta, sem herdeiros, salvo o direito dos credores”. A desapropriação não é causa de extinção, mas de perda do direito enfitêutico por parte do desapropriado; se o desapropriante chama a si o direito real, ou não, é outra matéria. No art. 692 deixou-se de falar na renúncia, a têcnicamente chamada, no art. 691, abandono *(verbis* “abandonar gratuitamente”). A aquisição do direito enfitêutico pelo senhorio não é causa de extinção. Se o senhorio, adquirindo-o, renuncia a êle, desaparece o gravame, mas em virtude da renúncia, que há de constar do registro para que se retire o gravame.

Também se extingue a enfiteuse pela aquisição do imóvel, livre de enfiteuse, por terceiro em se tratando de usucapião (arte. 530, IN, 550-558), ou de incidência do art. 580, 1 (transcrição do título de transferência no registro do imóvel, arts. 531-585), uma vez que do registro não constava o gravame.

Pela opção do senhorio, em caso de alienação (art. 688), ou pelo exercício do direito de preferência (art. 685), não ocorre, necessAriamente, a extinção. Tudo se passa como acima dissemos em relação à aquisição pelo senhorio, a quem o enfiteuta voluntariamente aliena.

O perecimento total do bem imóvel é que determina a extinção (art. 692) ; mas por total tem-se a deterioração natural que reduza o valor do capital a menos do que o valor do foro mais um quinto desse. Se o resto ainda vale um foro mais um quinto desse, a enfiteuse subsiste.

Pode dar-se que se resolva a propriedade (arts. 647 e 648) então, extingue-se a enfiteuse se foi constituída pelo que tinha a propriedade resolúvel por termo ou condição (art. 647), mas tal enfiteuse só se há de considerar arrendamento, uma vez que tinha tempo limitado pelo termo ou condição da própria propriedade (art. 679, 2.~

parte: “A enfiteuse por tempo limitado considera-se arrendamento e como tal se rege”), ou, se a resolução adveio de outra causa que determinação mexa (termo ou condição), resolução da enfiteuse não se dá, cabendo à pessoa, a favor de quem se resolve o domínio, ir contra o senhorio que perdeu a propriedade para que lhe dê a enfiteuse ou o seu valor (Tomos XIN, §§ 1.490, 1, e 1.536, 8, e XIV, § 1.601, 1, 2).

2. DISTRATO. O distrato, que supõe consenso dos dois figurantes do negócio jurídico de enfiteuticação, extingue a enfiteuse. Mas extingue-a se há o acordo de desconstituição e se leva a registro, para que, após ela, desapareça.

3.AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE ALODIAL PELOS FIGURANTES OU POR ESTRANHO. Enfiteuse não se adquire por usucapião. O enfiteuta pode adquirir o domínio se, tendo posse de dono, satisfaz o art. 551

(Lei n. 2.437, de 7 de março de 1955, art. 1.~), ou o art. 550 (Lei n. 2.437, art. 1.~). Se alguma vez se pagou foro, sem protesto (art. 172, V), houve reconhecimento do direito do senhorio e interrompeu-se o prazo da usucapião (arts. 553 e 173, V). O senhorio que tem a posse imediata, ou a posse mediata (que tocaria ao enfiteuta), durante os prazos dos arts. 551 e 550, sem interrupção, tem o domínio sem qualquer gravame de enfiteuse (MANUEL DE ALMEIDA E SouSA, *Tratado prático e critico de todo o Direito enfitéutico,* II, 159

s.). O simples fato de deixar de pagar as pensões não basta para que se

pense em usucapião pelo enfiteuta, porque faltaria a *posse de dono.* A posse de dono o enfiteuta somente a tem se fàcticamente se opõe à do senhorio, como se lhe nega direito às pensões e a laudêmios, não se incluindo na negação o aproveitar a remissão das pensões ou laudêmios pelo senhorio.

Pode dar-se que seja terceiro que adquira a propriedade alodial (= sem enfiteuse) ; então, a enfiteuse se extingue.

(De passagem observemos que o Código Civil italiano, art. 970, admite nada menos do que a "prescrição" do direito enfitêutico. Trata-se de perda do direito pelo não-uso durante vinte anos, e não de prescrição. A impropriedade de linguagem salta aos olhos.

A técnica legislativa acompanha e por vêzes vai à frente da técnica doutrinária. Uma e outra servem ao progresso humano, pela adoção de *conceitos* e *proposições* cada vez mais perfeitos, ou menos imperfeitos.

Cada povo deve evitar o contágio dos erros dos outros povos e a influência de sistemas jurídicos inferiores, por circunstâncias históricas.

Quem não paga a pensão enfitêutica, ou a paga a outro título, e deixa que o senhorio tome posse dos bens, dá ensejo algum senhorio adquira por usucapião; se não deixa que tome ,fosse de dono, pode usucapir. Nada tem isso, ou aquilo, com a prescrição do direito enfitêutico, nem com A prescrição dos direitos dominicais.) 4. ENFITEUSES ESTATAIS. Diz o art. 103 do Decreto-lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946: "O

aforamento se extinguirá por inadimplemento de cláusula contratual, por acordo entre as partes, ou, a critério do Governo, pela remissão do foro ~e, quanto às terras de que trata o art. 65 ou quando concedido com fundamento nos itens n. 8, 9 e 10 do art. 105, quando não ativem as mesmas sendo utilizadas apropriadamente". E o § 1.0 4"Consistindo o inadimplemento de cláusula contratual no raso o pagamento do fOro durante 3 anos consecutivos, é facultado ao foreiro revigorar o aforamento mediante as condições que lhe forem impostas". E o § 2.0: "A remissão do fOro será facultada, a critério do Presidente da República, e por proposta do Ministro da Fazenda, nas zonas onde não mais subsistam os motivos determinantes da aplicação do regime enfitêu ". E o § 3.0: "Na consolidação, pela União, do domínio de terreno que haja concedido em aforamento, deduz valor do mesmo domínio a importância de vinte foros laudêmio, correspondente ao valor do domínio direto".

E o § 49: “Em caso de extinção pela não utilização apropriada de terras compreendidas em áreas reservadas a fins agrícolas, a União consolidará o domínio pleno na forma do parágrafo Aextinção da enfiteuse por inadimplemento da obrigação de prestar pensões , durante três anos consecutivos, resulta da regra (jurídica do art. 692, II. O art. 1.092, parágrafo único, se indicado foi, não permitiria, ai, a resolução ou a resilição contrato enfitêutico, refletindo-se no plano do direito das L5. Tão-pouco se há de pensar em haver “condição resolutiva tácita”, erro grave de alguns juristas: se de condição resolutiva se tratasse, não haveria pensar-se em purga da mora (purga do comisso). A condição resolutiva por inadimplemento não é possível, no direito brasileiro, porque a enfiteuse é perpétua *(aliter,* para o direito italiano, C. SCUTO, *Natura dei Diritti detI*“*enfiteuta,* 65 s.).

Sempre que dizemos não ser possível a inserção de termo resolutivo ou de condição resolutiva no contrato de enfiteuticação ou de subenfiteuticação (espécies que, em virtude de regra jurídica expressa, se hão de ter, respectivamente, tomo de arrendamento ou de subarrendamento), deve-se entender que a afirmação só se refere à determinação mexa (termo ou condição), que restrinja, no tempo, a duração da enfiteuse. Portanto, fica fora da vedação o que não torne temporária ou condicional a enfiteuse, ou a subenfiteuse, e só seja concernente à titularidade *(e. g.,* A até o ano de 1960, e E, daí em diante; ou A enquanto solteira, e E, após o casamento de A, ou sua morte).

§ 2.181.. Perecimento do prédio, causa de extinção

1. PERECIMENTO. No art. 692, 1, estatui o Código Civil que se extingue a enfiteuse “pela natural deterioração do prédio aforado quando chegue a não valer o capital correspondente ao fOro e mais um quinto dele”. Fixou-se o mínimo que se exige ao valor para que a enfiteuse subsista. Todavia, tal fixação foi apenas para os casos de deterioração natural. A deterioração por fato imputado ao enfiteuta não extingue a enfiteuse: a ação de cobrança de pensões vencidas e a de indenização é que podem ter sentença hábil para se cancelar o registro. Por outro lado, a desvalorização do prédio a ponto de valer menos do que o fOro mais um quinto dele não é, só por si, causa de extinção da enfiteuse: se tal desvalorização resultou de esterilidade, destruição parcial do prédio enfitêutico, ou perda total dos frutos, pode ocorrer a *renúncia* a que se refere o art. 687, dependente, em sua eficácia, de registro.

2. DESCONSTITUIÇÃO AUTOMÁTICA. O perecimento, tal como foi definido no art. 692, 1, do Código

Civil, opera *ipso iure.* A ação que a Me se refira é declaratória negativa. A despeito de haver registro, o direito real limitado desapareceu. Dá-se o mesmo a respeito da causa de extinção de que trata o art. 692, IN. *Ájiter,* quanto à do art. 692, II, e quanto à renúncia (art. 687) ou o distrato.

Para que o registro não continui *inexato,* após o perecimento total, pode ser pedido o cancelamento, em ação à parte, ou cumulada à declaratória negativa; mas, devido à carga de e mandamentalidade da sentença na ação declaratória negativa, não se precisa de cumulação, basta que o juiz, sentenciando, ordene o cancelamento, ou o interessado o rectame.

3.RUÍNA CAUSADA PELO ENFITEUTA. Se a ruína foi causada pelo enfíteuta, responde êle, sem poder demitir-se do fOro. Discutia-se se a responsabilidade é pela culpa, ou pelo fato ilícito, ou pelo ato-fato ilícito.

Responde por todo ato ou ato-fato ilícito; somente não responde pelo dano que resultou do exercício regular do direito de enfiteuse (analogia do art. 782, concernente ao usufruto).

4.RUÍNA CAUSADA POR TERCEIRO. Se a ruína foi causada por terceiro, cabem as pretensões indenizatórias, segundo os princípios que rejam a espécie (fato ilícito *stricto sensu,* ato-fato ili cito, ato ilícito *stricto sem).* Se a figura do art. 687 se perfaz, ou, *a fortiori,* se o valor do prédio baixa, a ponto de não valer o capital correspondente ao fOro mais um quinto desse, tem o enfiteuta a renunciabilidade prevista no art. 687, 2.8 parte.

5.AçÃo DE MODIFICAÇÃO. Alguns sistemas jurídicos, inclusive o direito luso-brasileiro anterior, têm a *pretendo* e a *ação de modificação do fOro* ou *pretendo* e *cz$o de reviscto do cânone ou penado,* desde que as circunstâncias hajam mudado, a ponto de bastarem a reajustamento dos valores. Naturalmente, não se levavam em conta os melhoramentos devidos ao enfiteuta, nem as diminuições de valor devidas a êle. No sistema jurídica brasileiro de hoje, não se cogitou de tal pretensão e ação. O problema é de política jurídica, dependendo de lei que atenda à desvalorização da moeda e ao crescimento do valor

dos prédios. O art. 141, §

89, da Constituição de 1946 tem de ser respeitado ao se conceber a lei de reajustamento.

Todavia, vale o pacto que estabeleça a modificabilidade do fOro, segundo critério preestabelecido, ou segundo a eqUidade.

§ 2.182. Comisso, causa de extinção

X1

\ CONCEITO DE COMISSO. Comisso é, hoje, a sanção contra~ o enfiteuta por ter deixado de pagar o fOro, por três anos connsecutivos (Código Civil, art. 692: "A enfiteuse extinue- : II. Pelo comisso, deixando o foreiro de pagar as pensões devidas, por três anos consecutivos, caso em que o senhorio o indenizará das benfeitorias necessárias"). Nenhum resquício há de deslealdade ao senhorio, tal como em direito feudal; nem, sequer, o de revogação. Trata-se de sanção, no plano dos direitos reais, semelhante à de resolução dos contratos por inadimplemento (Código Civil, art. 1.092, parágrafo único).

Não há, no direito brasileiro, a resolução da enfiteuse em virtude de inadimplemento de deveres do enfiteuta.

Só há o comisso, na espécie do art. 692, II. A cláusula do contrato em que assentou o acordo de constituição de enfiteuse somente teria eficácia pessoal. Diferente, o Código Civil italiano, art. 973.

No direito brasileiro, não se tem de indagar se o enfiteuta estava, ou não, de má fé, para deixar de pagar; mas é preciso que a omissão lhe seja imputável (art. 963). Não se exige culpa. Discutiu-se isso no direito comum.

Alguns juristas exigiam, pelo menos, grave negligência (1. L. -CnR. FRESENIUS, Diss. de Poena emphyteutae, canonem non solventis, *Meditationen In,- Rechtsgelehrte,* 28; C. F. WALCH, *Introductio in controverstas juris dvilis,* 646). Semelhantemente à solução brasileira de hoje, com fundamento na L. 137, D., *de verborum obligationibus,* 45, 1, F. SCEÓMANN *(Handbuch des Civilrechts,* II, 801 s.), FR. KARL VON

SUEI (Áusfiihrliche ErUiuterung des Lehnrechts, 236) e outros.

O enfiteuta que perde o direito enfitêutico pela sentença de comisso tem de pagar o que devia (Nov. 120, cap.

8). Há as duas ações, que podem ser cumuladas. A respeito errara B. CÃitP20V *(Jurisprudentia forensis,* Parte II, c. 88, d. 6, n. 10 s.), que foi decisivamente combatido por H. GIPHÂNIUs, FR. KARL VON BURI e G. A.

W. e B. W. OVERBECE *(Meditationen,* II, IN. 61).

2.SUBENFITEUSE E COMISSO. No caso de comisso, por parte do subenfiteuta, o enfiteuta é o prejudicado, porque foi êle que perdeu as pensões. A consolidação é da enfiteuse, e não do domínio. A doutrina anterior há.

de ser repelida. O comisso por falta do subenfiteuta somente dá causa à consolidação se o subenfiteuta ficou, perante o senhorio, com o dever e a obrigação de solver a dívida do fOro do enfiteuta, e não se só é devedor e obrigado perante o enfiteuta. Se tinha de pagar ao senhorio, e não pagou, quem não pagou foi o próprio enfiteuta, e êsse é que incorre em comisso perante o senhorio.

3.SE A REGRA JURÍDICA SOBRE O COMISSS É "lus DISPOSITIVUM". Quanto ao art. 692, II, surge a questão de se saber se pode ser estabelecido o comisso em se deixando de pagar somente um ano, ou dois. Noutros termos: se o art. 692, li, é cogente, ou dispositivo. ÁLvÁbo VALASCO

(Quaestionum luris Emphgteutici, q. 4, n. 2) e FRANCISCO PINHEIRO *(De Censu et EmpI&yjteusi Tractatus,* 574) respondiam que a regra jurídica que fixava o tempo para o comisso era dispositiva, para o enfiteuta como para o senhorio. Mas, hoje, há a parte final do art. 693 que faz cogentes a favor do enfiteuta as regras jurídicas do capitulo, ditas "imperativas". Pode-se estipular que o tempo seja de quatro anos ou mais, não de menos de três.

~,Pode o senhorio pactuar que não terá o direito de comisso? Pela negativa, SANO DA COSTA *(Pruelectiones ad iltustriores quOsdÃlm titulos loca que selecta iuris civilis,* 368) ; mas sem razão. Entendeu que lhe bastaria a execução pelas dívidas.

Se foi incluída alguma cláusula penal, entende-se que há a alternativa.

4.PESSOAS QUE INCORREM EM COMISSO. Incorrem em comisso

capazes e incapazes, devendo o pai, mãe, tutor ou curador ressarcir o dano causado (L. 23, O., *de administratione tutpum* a *curatorum* a *de pecunia pupilari ferterarida veZ dtivonenda,* 5, 37; cf. J. J. BECK, *Tractatus de Iure emphjjtew. tico,* 408; Código Civil, art. 159, arg. ao art. 1.300). Se a enfiteuse *é pro indiviso* e um dos comuneiros, escolhido como proenfiteuta ou cabecel, a falta cometida por ésse prejudica os outros (cf. Código Civil, art. 690). A herança (art. 1.572), sem ter acordo anuência do senhoria à divisio em gleba, o fato de qualquer herdeiro ou do inventariante acordo comisso quanto ao todo (na esteira de J. VOET e H. COCCEJUS,J. FR. MÂLBLANO, *Principia luris romani,* 172; sem razio, *3.* J. BECK, *Tractatus de Iure emphyteutico,* 407). A relação entre os herdeiros determina a divisio do fOro a ser pago em quotas, mas a indivisio não permite que se libere cada um, sem que todo o foro seja pago. Não há, entio, *commissum pra portione,* pôsto que haja dfvida pro *portione hereditária* (ef. L.

ARNDTS, *Gesammelte civilistisohe Sehriften,* 244; K A. D. UNTERHOLZNER, *Quellenrnilssige Zusammenstellu‟ftg der Lehre des rômischen Rechis von den Schuldverhdtltninen,* II, 869).

5.LUGAR DO PAGAMENTO. O pagamento há de ser no domicilia do devedor, salvo se os figurantes do negócio jurídica enfitêutico convencionaram diferentemente, ou se há pacto adjecto ou costume em contrário (cf. Código Civil, art. 950; Código Comercial, art. 430; MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA. *Tratado prático e critico de todo o Direito enfitêutico,* 1, 451).

6.PLURALIDADE DE ENFITEUTAS. Se há enfiteuse com muitos enfiteutas, rateada entre eles o foro e em comunhão *pro diviso* o prédio, passou ao Aligemeines Landrecht, Parte IX, Livro IN, 3, § 80, a opinião de S.

SnYK e de H. DE COCCEJUS, segunda os quais todos perderiam. Contra isso, com razia, eficientemente reagiu FRANCISCO PINHEIRO *(De Censu et Emphteusi Traotatus,* 598).

Se não há a comunhão p *ro diviso,* mas há a distinção das quotas (tantos enfiteutas tantas obrigaçôes), e um deles deixou de pagar sem que o senhorio informasse os outros, obrigados solidários, não incorreram esses em mora.

Se a pensão é em frutos, os princípios são os mesmos que se expõem quanto às pensões em pecúnia (MIGUEL

DE REINOSO, *Observationes Practieae,* 404; FRANCISCO PINHEIRO, *De Censu* a *Emphyteusi Tractatus, 569;* ambos energicamente contra ANTONIO DA GAMA, *Decisiones,* d. 119, que desgarrava do texto reinicola).

7.PAGAMENTO PARCIAL. ~ Para que ocorra o comísso, é preciso que deixe de pagar toda a pensão o enfiteuta? Três opiniões são de examinar-se: a) a dos que entendem que basta deixar-se de pagar parte de cada um dos três anos, para que o comísso se dê (ALVARO VALASCO, *Decisionum Coneultationum,* 1, 196 s.; FRANCISCO PINHEIRO, *De Censu et Emphyyteusi Tracta* tua, 567 s.: "Sie igítur in praesenti, qui partem pensionis non solverít aeque cadit in commissum, ac si nihiI solveret"; M. BERLICHUJS, *Conclusiones practicabiles,* II, c. 46, n. 1), salvo se a. pensão é distribuída por prédios, ou partes divisas do mesmo prédio; b) a dos que sustentam que só se perde parte do prédio enfitêutico que corresponda ao que nio foi pago, proporcional mente (FRANCISCO DE CÂLDAS, AMÂRO LUIS LIMA); o) a de quem atende a que o pagamento parcial exclui na contagem dos três anos o ano a que éle se refere se houve entrega do título, sem prova de ter sido parcial o pagamento, e a que receber por parte é receber dando prazo para o resto até o fim do ano (ep. Código Civil, art. 889; Código Comercial, art. 481). A opinião acertada, no direito anterior, era a opinião a), porque nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 89, se dizia que "perderá todo o direito, que na coisa aforada tinha, para o senhorio, se o quiser". Hoje, devemos admitir casos em que o senhorio, recebendo o pagamento parcial, deixou ao enfiteuta, por tolerância, até nova caso, a faculdade de solver o resto.

Se o enfiteuta deixou de pagar o foro de um ou dois anos, o dono não pode opor-se a receber o do ano ou o da primeiro ano, Ou o dos dois anos, embora vencido o terceiro, podendo depositar-se se o senhorio se recusa a receber. Trata-se de dividas distintas, e não de divida única pagável em prestações . Não importa verificar-se se o senhorio já iniciou a cobrança dos dois anos anteriores ou do ano anterior. Recebe os dois foros, ou um só, e se não cobrara pode cobrar o que lhe é devido. Para que se extinga por comissa a enfiteuse é preciso que não haja pagamento de três anualidades consecutivas. Se o enfiteuta deixou de pagar três anos seguidos, há duas ações: a de condenação e a de comisso, que se concebem como ação constitutiva negativa, ou como ação executiva.

Na *Doutrina das Ações* de CORREIA TELES (ed. de PONTES DE

MIRANDA, 381), a ação tem fOrça constitutiva negativa e eficácia imediata executiva, pois que se diz competir "ao senhorio contra o possuidor do prazo, para que, julgando incurso na pena de comisso, restitua as fazendas do mesmo prazo". Aí ressaltam a desconstitutividade preponderante e a executividade como eficácia imediata; a condenatoriedade é eficácia mediata. A sentença, que ai se profere, faz coisa julgada material quanto à relação jurídica de enfiteuse. Essa não é a ação de que cogita o Código de Processo Civil, art. 298, IX ("credores por foros"), na qual não se decreta a extinção da enfiteuse. A ação de cobrança pode ser sem pedido de execução. Então, trata-se de simples ação condenatória, com a carga típica, inclusive eficácia de coisa julgada material quanto à relação jurídica da enfiteuse. A ação que se descreve no livro de CORREIA TELES é inconfundível com essas, é a ação de comisso, com pedido executivo:

não se precisa de ação *judicati,* porque a eficácia executiva é imediata; o juiz desconstitui a relação jurídica de enfiteuse, desde o contrato, embora *ex nuno,* e vindica.

8.INADIMPLEMENTO DAS PENSÕES E ALTENAÇÃODO DIREITO ENFITÉUTICO OU DO DOMÍNIO.

Se o enfiteuta deixa de pagar um ou dois anos e aliena o direito enfitêutico, o sucessor sofre o comisso se não solve o restante. Mas, uma vez que houve o *aviso* regular do art. 688, entende-se que o senhorio anuiu em que se separassem os tempos, o em que foi devedor o alienante e o em que o é o adquirente.

Se o senhorio aliena o. prédio quando lhe está a dever o enfiteuta a pensão de um ou dois anos, somente se há de interpretar que o comisso ocorre com a falta de pagamento nos dois anos ou no ano seguinte se do título de transferência consta a sucessão na divida do enfiteuta.

9.REMISSÃO DO COMISSO. Se os elementos do suporte fático se compuseram menos o da sentença constitutiva negativa, pode o comportamento do senhorio ser tal que se tenha de considerar retirado algum deles. É o caso do que recebe a pensão depois de haver razão para se decretar o comisso *ob cano-nem non solutum.* Todavia, tal remissão do comisso, como às vêzes se dizia, não ocorre se o senhorio ignorava o comisso, isto é, não sabia que o enfiteuta por três anos consecutivos não lhe pagara *(e.* g., não depositara no banco, em nome do senhorio, ou de outrem, seguindo instruçOes daquele). Cf. CIRIAco

(Controversiae Forensae, c. 266, n. 20), J. P. SURDO *(Decisiones,* d. 203, n. 20) e J. A. P. TRANCO *(De Protestatione et pra herede gestione Tractatus,* c. 15, n. 2).

Se o procurador do senhorio não tem poderes para remitir o comisso (= para remitir caducidades incursas, diz MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Tratado prático e critico de todo o Direito enfiténtico,* II, 49, para que se faz mister poder expresso), o recebimento por êle não retira qualquer elemento ao suporte fático do comisso.

O senhorio pode receber as pensões vencidas, com ressalva da ação de comisso (3. A. P. TRANCO, *De Protestatione et pra herede gestione Tractatus,* c. 15, n. 5 e 7).

Ao senhorio, perfazendo-se o suporte fático de que fala o art. 692, II, nasce a pretensão à decretação do comisso, que é prescritível, mas sem interesse seria discuti-lo, pois só o pagamento posterior, sempre sob protesto, poderia dar ensejo a se ter de declarar a prescrição da ação de comisso no tocante aos três anos em que se deixou de receber.

Entende-se que não renunciou à pretensão à decretação do comisso o senhorio que, após a ação proposta, recebe anualidade, ou as três anualidades ou mais, sem dizer que renunciava àquela pretensão, ou o que, antes ou depois da propositura da ação, recebe alguma ou algumas anualidades anteriores às três a respeito das quais há a pretensão à decretação de comiisso. De ressalva só se precisa se recebe, antes da propositura da ação, uma ou mais anualidades das três últimas dívidas. A opinião de A. DE LEYSER *(Meditationes ad Pandectas,* sp.

103, m. 6) e de C. F. WALCH *(Introductio in controversias inris civilis,* 645), que viam no recebimento pelo senhorio após a propositura da ação de comisso renúncia a essa, foi repelida por 1. CORASIUS *(Enarratio‟nes,* 246), H. GIPRANIUS *(Ex planationes di/ficilior. et celebrior. Leg. Cod.,* 358 e 363), J. Tu. MÚLLER *(Systema Pandectarum,* 1, 720), L. G. MADIHN (nota a G. L. MENCKE, *Introductio in Doctrina de Áctionifrus,* 285) e outros.

O enfiteuta não pode compensar contra o crédito do senhorio consistente em pensoes (J. FE. MALBLANC, *Principia juris romani,* 173; sem razão, FR. KARL vON Buaí, *Ãusfiihrliche FrUuterung des in Deutschland iiblichen Lehnrechts,* 281, e G. L. MENCKE, *Introductio in Dacti-ina de Actionibus,* 283).

O Código Civil, art. 1.011, diz que, embora do mesmo gênero as coisas

fungíveis, objetos das duas prestações, não se compensarão, verificando-se que diferem na qualidade, quando especificada no contrato. A dívida de pensão é dívida *real,* e não pessoaI; a qualidade dela é diferente das qualidades de quaisquer outras dívidas.

10.AÇÃO DE COMISSO E POSSE DO ENFITEUTA. O senhorio, deixando de pagar o foreiro três anos consecutivos, não pode, por ato seu, tomar a posse do bem enfitêutico, porque a ação de comisso é *constitutiva negativa.* Não valeria a cláusula que lhe desse a imissão na posse, por ato de justiça de mão própria. Se se arroga tal pretensão, esbulha. Em qualquer ação do senhorio, que tomou a posse, pode o enfiteuta opor a chamada exceção de espólio *(exceptio spoLii,* Tomo X, §§ 1.106, 4, e 1.115, 8; MANUEL GONÇALVES DA SILvA, *Commentaria,* II, 4: "Quanvis alii teneant oppositum, nempe, quod exceptio spoliationis opponi debet intra annum, sicut et ipsa actio"; MANUEL ÁLVARES PÉGAS, *Resolutione8 Forenses,* II, 953 e 955).

Se o enfiteuta, esbulhado, não vai, possessôriamente , contra o senhorio, mas sim com a ação de reivindicação, pode o senhorio ir com a ação de comisso, ou alegar o comisso em reconvenção. Se vai com a ação possessória, de rito ordinário, nada obsta a que peça a desconstituição da enfiteuse por fato de comisso? Na ação possessória, seria impertinente pedir-se a desconstituição, nem se poderia pensar em invocação do art. 505, 2.~

parte *(exceptio* dominji), porque o enfiteuta tem direito a posse e não pleiteia posse de senhorio do prédio, mas posse de enfiteuta, e seu direito ainda não se extinguiu. Na reivindicatória, sim; porque o juiz pode julgar na reconvenção a desconstituição (cf. GABRIEL PEREIRA DE CASTRO, *Decisione,* 492, que tinha como declaratória a ação de comisso, que em verdade é constitutiva negativa). A opinião de MANUEL DE

ALMEIDA E SOUSA *(Tratado prático e critico de todo o Direito enfitêutico,* II, 180 e 58), no sentido de se admitir a alegação de comisso, sempre que é ordinária a ação, não é de acolher-se.

11.SUCESSORES DO SENHORIO E SUCESSORES DO ENFITEUTA.

Direito real, o de devolução pelo comisso, os herdeiros e sucessores do senhorio podem somar às anualidades ou à anualidade que o enfiteuta não lhes pagou a que ou as que o enfiteuta não pagou ao senhorio anterior. Bem assim, se são dívidas por sucessivos enfiteutas. Não

ocorre o mesmo quanto à dívida do laudêmio, que é *pessoal.* Se ao herdeiro do senhorio foi o domínio do prédio, sem lhe terem ido as dívidas ativas do de cujo, o herdeiro do senhorio pode propor a ação de comisso, porém não a ação para haver o laudémio, se assentira na alienação o decujo. O problema toma feição particularmente interessante, na doutrina e na prática, se o enfiteuta aliena o direito enfitêutico com infração do dever de aviso (art. 688) e o sucessor do senhorio, e não o senhorio ao tempo da alienação, é que propõe a ação constitutiva negativa segundo o art. 695. Então, o direito de preferência é exercido por êsse sucessor, e não têm os herdeiros das dívidas ativas direito ao laudêmio. Se esses herdeiros entender que o laudêmio fora devido ao decujo e, pois, ainda lhes é devido, não precisam interpelar o sucessor do direito enfitêutico, ou cominar-lhe a pena de perda da ação do art. 685 se não exerce dentro de certo prazo, para que depois cobrem a divida do laudêmio. A transferência da propriedade, pela qual se devia laudémio, não extingue a dívida de laudêmio. Os herdeiros podem cobrá-la, ainda se não são herdeiros do domínio. A dívida é pessoal. O herdeiro do domínio tem o direito de preferência: somente o recebimento do laudêmio pelo senhorio decujo, ou pelo sucessor no direito enfitêutico, poderia obstar ao exercício do direito de preferência pelo sucessor no domínio. Todavia, se o sucessor no direito enfitêutico o é nas dívidas ativas, não pode pedir o laudêmio e exercer o direito de preferência, porque, por parte dele, o pedido de laudêmio importaria em assentimento à alienação.

Na doutrina do direito anterior, havia quem, citando a estrangeiros, entendesse que só se transferia a pretensão à decretação do comisso se do negócio jurídico de alienação do prédio pelo senhorio constava tal transferência.

Mas havia confusão: se o alienante separou a divida a êle e a divida futura, alienou, renunciando à pretensão à decretação de comisso; se não separou, isto é, se mencionou a transferência do que lhe era devido por anualidades, o sucessor é credor de anualidades anteriores. O que se há de ter por transferido, ou transmitido aos. herdeiros, é a dívida anterior, para que baste ao sucessor, ou, a ela somada a divida nova, bastem; não, a pretensão à decretação do comisso, que é acessório daquela. Nem se pode, hoje, sustentar que a pretensão à decretação de comisso se extinga com a morte de cada senhorio que não a exerceu (*Caducitas non incurritur nisi volente domina, et ita declarante)*. Tinha-se o direito de comisso como pessoal, mas tal classificação da pretensão à decretação do comisso, se bem que se apoiasse em ANTÔNIO DA GAMA *(Decisionum Supremi Senatus Lusitaniae,* d. 17; FRANCISCO DE CALDAS, *Syntagma universi luris emphvteutici,* IV, cap. 18, n.

13), ÂLvAR4I VALASCO *(Deci.sionum Co*sultatianum,* 1, 161) e FRANCISCO PINHEIRO *(De Ceneu et Empfryteusi Tractatus,* 592). O argumento desse último, ligado à. intransmissibilidade da pretensão à revogação da doação pela ingratidão do donatúrio (Código Civil, art. 1.185), era e é sem pertinência: não há semelhança; ainda que pessoal fosse a pretensão e, hoje, de modo nenhum o é, o símile estaria nas cláusulas penais dos contratos e na pretensão à resolução por inadimplemento. Se, *in casu,* é de se presumir remissão pelo senhorio alienante, a questão é outra, e questão de fato.

Por outro lado, a ação de comisso, que hoje é apenas *ob non soiutum canonem,* compete contra os herdeiros do enfiteuta que o cometeu, afastadas a doutrina e a jurisprudência anteriores (cf. MANUEL ÁLvARES PÉGÂS, *Resolutiones Forenses,* IN, 343). A decisão do Desembargo do Paço, datada de 11 de abril de 1609, que MANUEL ÁLVARES PÉGAS transcreve, estava ceda, ~ estaria hoje: nela, foi reformada a sentença porque o réu, podendo pagar, não purgou a mora, isto é, não pagou "nem depositou as pensões, para com isso mostrar que queria pagar, para. ficar livre do comisso". Os fundamentos dos votos na revisão, sim, são de repelir-se; partiam de que se tratava, no caso, de *poenoiis actio.*

12.BENFEITORIAS NECESSÁRIAS INDENIZÁVEIS. No direito brasileiro, simplificou-se muito o problema das benfeitorias por ocasião da entrega do prédio enfitêutico ao senhorio, devido ao comisso, porque o art. 692, II, somente se referiu a benfeitorias necessárias. Só à indenização dessas tem direito o enfiteuta. Na Nov. 120, cap. 8, nenhuma pretensão por benfeitorias tinha o enfiteuta que caísse em comisso, de modo que se lhe negava o *ins toilendi* que, segundo o direito justinianeu, tinha o próprio possuidor de má fé. A regra jurídica do art. 692, II, afasta todas as distinções que se pretenderam construir no direito intermédio, inclusive as que apuravam culpa. Todavia, a referência a "indenização" (art. 692, II, verbo "indenizará") faz certo que só se computa o valor do que persiste ou resta. O que foi feito, embora por necessidade, mas desapareceu, não mais se indeniza.

A regra jurídica do art. 692, II, é inderrogável: não se pode, por pacto adjecto ou cláusula do contrato enfitêutico, pré-excluir o direito à indenização, e devido à própria *ratio legis.*

O enfiteuta tem direito às benfeitorias necessárias por sua qualidade de enfiteuta, não por direito pessoal. Por isso, nenhum dos anteriores enfiteutas o tem. Os direitos deles passaram com o direito enfitêutico

aos enfiteutas seguintes. Tem êle *direito de retenção,* sem que se possa invocar o art. 517, 23 parte.

O senhorio, depositando o valor, pode executar a sentença de comisso.

13.CREDORES DO ENFITEUTA INCURSO EM COMISSO. Os credores do enfiteuta podem intervir no juízo da ação de comisso, para serem atendidos os seus créditos. Podem eles resgatar o prédio, como o poderia o enfiteuta. Se o credor tem hipoteca inscrita, ou penhor constante do Registro de Imóveis (Lei n. 492, de 30 de agOsto de 1937, arts. 14-21; Decreto-lei n. 2.612, de 20 de setembro de 1940, art. 1.0; Decreto n. 24.778, de 14

de julho de 1934, arts. 1.0 e 2.0), tem de ser notificado (analogia do *art.* 971 do Código de Processo Civil). Os credores, que deviam ser notificados e não no foram, conservam o direito de resgate. Podem os credores preferir a simples *purga da mora* (Código Civil, arts. 959, 1, e 930).

Em vez do *concurso incidental de credare,* que com a apresentação deles se provoca (não nos esqueça que a ação de comisso é ação constitutiva negativa, mas quase sempre se concebe, na prática, cumulada com a executiva), podem os credores penhorar o direito enfitêutico, desenvolvendo-se tudo segundo os princípios, se os créditos são anteriores à inscrição da ação de comisso (Decreto n.~4.857, de 9 de novembro de 1939, art.

178, VII, e 281).

14.FRUTOS PENDENTES. Por ocasião da devolução do direito enfitêuticO, portanto do direito à posse, os frutos pendentes no dia em que se devia entregar o prédio pertencem ao senhorio, por serem *pars fundi* (Código Civil, art. 43, 1), sem se ter de atender à boa ou má fé por parte do enfiteuta, nem à distinção entre data da queda *in commissum* e data do julgado de devolução porque êsse julgado é constitutivo *ex tuno.*

15.ENFITEUSES ESTATAIS. Diz o art. 118 do Decreto-lei n. 9.760: “Caduco o aforamento na forma do § 2.0

do art. 101, o órgão local do 5. P. U., notificará o foreiro, por edital, ou, quando possível por carta. registada, marcando-lhe o prazo de noventa dias para apresentar qualquer reclamação ou solicitar a

renovação do aforamento". E o seu parágrafo único: "Em caso de apresentação de reclamação, o prazo para o pedido de revigoração será contado da data da notificação ao foreiro da decisão final proferida".

No art. 101, § 2.~, do Decreto-lei n. 9.760, diz-se que o inadimplemento da obrigação de pensão ou foro durante três anos consecutivos importa na caducidade do aforamento. Em vez de se falar de comisso, como está no art. 692, II, do Código Civil, fala-se de caducidade, mas a diferença de terminologia é sem conseqüências.

Não só se prevê a "revigoração", que não émais do que purga da mora, como se estabelece prazo para isso, no plano do direito processual administrativo. O que se expôs a respeito da ação de comisso tem aqui toda a pertinência, se bem que só se trate de pretensão à tutela jurídica administrativa.

Lê-se no Decreto-lei n. 9.760, art. 119: "Reconhecido o direito do requerente e pagos os foros em atraso, proceder-se-á à revigoração do aforamento de acordo com as normas estabelecidas para sua constituição nos artigos 107, 108 e 109".

Portanto, há diferença entre o direito processual civil e o direito processual administrativo. Procede-se a medição e avaliação (Decreto-lei n. 9.760, art. 107), com os prazos do art. 107, §§ 1.0 2.0), deferindo-se, então, a "revigoração". Não se tire daqui que o atraso suscitou a extinção *ipso iure* da enfiteuse.

Não se aprOva *nova* constituição de enfiteuse; julga-se purgada a mora e continuado, com as novas procedências, o direito real limitado.

Estatui o Decreto-lei n. 9.760, art. 120: "A revigoração do aforamento poderá ser negada se a União necessitar do terreno para serviço público, ou, quanto às terras de que trata o art. 65, quando não estiverem as mesmas sendo utilizadas apropriadamente, obrigando-se, nesses casos, à indenização das benfeitorias porventura existentes". A não-revigoração resulta, ai, de não se purgar a mora, nas espécies que se mencionam. Na primeira, o interesse público específico prepondera; na segunda, além da mora e consequente comisso, sobreveio ou antecedeu infração de outro dever, o resultante da destinação das terras (art. 65: "O 5. P. U.

poderá reservar, em zonas rurais, terras da União para exploração agrícola").

Estabelece o art. 121 do Decreto-lei n. 9.760: "Decorrido o prazo? de

que trata o art. 118, sem que haja sido solicitada a revigoração do aforamento, o Chefe do órgão local do 5. P. U. providenciará no sentido de ser cancelado o aforamento no Registo de móveis e procederá na forma do disposto no art. 110‟,. Após expiração do prazo preclusivo, *que é regra juridica da Lei especial,* não mais pode ser purgada a mora, e a decisão *administrativa,* em vez de *constitutiva,* terá de ser *declarativa.*

§ 2.218 Morte sem herdeiros, causa de extinção da enfiteuse

1.MORTE SEM HERDEIROS. No art. 692, IN, a lei considera extinta a enfiteuse se falece, sem herdeiros, o enfiteuta. Sem herdeiros está, aí, por sucessores *causa mortis* (herdeiros, legatários). Se a enfiteuse era em fideicomisso, extingue-se se, morto o fiduciário, ou por outro fundamento estando o bem com o fideicomissário, não há mais, na primeira espécie, fideicomissário (arts. 1.735 e 1.738), ou, na segunda, falece êsse sem sucessores a causa de morte. Idem, na espécie do art. 647.

Se o enfiteuta é herdeiro do senhorio, ou o senhorio herda do enfiteuta, não há, no sistema jurídico brasileiro, consolidação, nem termina a enfiteuse, salvo declaração de vontade do herdeiro que possa ser levada ao registro. No direito comum era diferente, cf. C. GROSCURD *(Goinrn. de lure emphyteutico,* 79).

A questão dos graus não mais surge. Ou a pessoa é sucessor a causa de morte, ou não é. Tão-pouco, a da diferença de graus dos que herdam, se há representação.

Se o prédio passou a duas ou mais pessoas, falecendo uma delas sem sucessores a causa de morte, discutia-se se se havia de esperar que falecesse o último herdeiro do que foi enfiteuta do todo. De modo nenhum, se houve divisão, com assentimento do senhorio, e cada gleba é um bem enfitêutico; se não houve a divisão, o bem enfitêutico é um só e a partilha, *ex hypothesi,* conservou a indivisão, sem que se possa pensar em acrescimento entre os comuneiros em virtude de partilha já julgada (cp. art. 1.710-1.716, que só diz respeito à situação dos herdeiros, isto é, titulares antes da partilha), nem em *ius regrediendi* (cf. EDEL, P. WALDMANN, no século XVIN). Se os co-herdeiros cederam a um deles todos os direitos, é quando Osse morrer que se há de verificar se faleceu sem sucessores a causa de morte. Sobre a improcedência da analogia com os feudos, ORa. Fa. vON

GLtICK *(Ausfiihrliche Erliiuterung der Pandekten,* VIN, 526 s.), cp. J. J.

BECK *(Tractattts de lure emykijteutico,* 382) e A. J. SCHNAUBERT *(Neuste juristieche Bibliothek,* 1, 671 s.).

2.PRÉ-ExCLUSÃO DO ESTADO. O art. 692, IN, diz que a enfiteuse se extingue se falece o enfiteuta, sem deixar herdeiros. O Estado está pré-excluído. Herdeiros, no art. 692, II, são, apenas, *a)* os herdeiros legítimos apontados no art. 1.603, 1-1V, e não os do art. 1.603, V (União, Estados-membros, Distrito Federal) e 1.594, e *b)* os herdeiros testamentários. Então, as entidades estatais somente são herdeiros, no sentido do art. 692, IN, se foram contempladas testamentàriamente. Faz-se a arrecadação dos bens enfitêuticos, ou somente do direito enfitêutico. Quanto ao direito enfitêutico, se sobrevém prova de não haver herdeiros, o juiz *declara* a extinção do direito enfitêutico, levando-se ao registro a sentença; mas a eficácia da sentença é desde a data da morte do enfiteuta, por se tratar, aí, de sentença declarativa.

Falamos de herdeiros. Não morre sem herdeiros, no sentido do art. 692. IN, o enfiteuta que lega o direito enfitêutico, ainda a dois ou mais de dois legatários e um ou alguns não sucedem (Código Civil, art. 1.710, parágrafo único), ou se ocorre o que se prevê no art. 1.715 do Código Civil. Se falta o legatário e não há herdeiro ou legatário a quem se atribua o legado, o art. 692, IN, incide.

§ 2.184. ExtinÇÃO da enfiteuse por ato entre vivos

1.ALIENAÇÃO GRATUITA DO BEM ENFITÉUTICO AO SENHORIO.

O enfíteuta pode alienar o direito enfitêutico a terceiro ou ao próprio senhorio. A terceiro, regem os princípios gerais. Ao senhorio, ou é gratuito ou oneroso o título. A leitura do art. 687, □

2 a parte, permite pôr-se por

princípio que o direito enfitêutico não é, de regra, renunciável e apenas, em caso de esterilidade, ou destruição parcial do prédio enfitêutico, ou perda total de nus frutos, pode estabelecer-se para o enfiteuta a renunciabilidade a que se refere o art. 687, 2.a parte. Estabelece o art. 691:

“Se o enfiteuta pretender abandonar gratuitamente ao senhorio o prédio aforado, poderão opor-se os credores prejudicados com o abandono, prestando caução pelas pensões futuras, até que sejam pagos de suas dívidas”.

A falta de precisão terminológica é gritante. O que se há de ler no art. 691 é que, se o enfiteuta transfere, gratuitamente, ao senhorio, o direito enfitêutico, pratica ato jurídico gratuito e os credores prejudicados podem pedir ao juiz que lhes admita a prestação de caução pelas pensões futuras, até que se pa~uem das dividas.

Ficam, provisoriamente , no lugar do alienante. A tais credores deu-se mais do que se a transferência fosse do domínio ou de algum outro direito pessoal ou real. Não se tire do art. 691 que se substituiu e expediente técnico do art. 691 à ação de fraude contra credores (arts. 106, 109 e 118), ou às ações falenciais dos arts. 52, 53-58 e 99 do Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945.

Está em MELO FREIRE *(Institutiones,* IN, 154) que a "renúncia" precisa ser aceita pelo senhorio (si . . .

renuntiationem dominus adceptaverit; eo enim invito, non licet emphyteusin demittere). O termo seria impróprio. Renúncia que se tem de aceitar não é renúncia: é distrato. Renúncia a favor de alguém não é renúncia: é doação. Tais bilateralizações turbam o sistema jurídico. Na L. 3, O., *de coilatione fundaram patrimonialium et emphvteuticorum,* 11, 65, diz-se que os enfiteutas comuneiros respondem pelas quotas na pensão ou foro e os que teia todo o fundo, enfitêuticamente, pelo total. Na L. 3, O., *de fundis rei privatue ei saltibus divinae domus,* 11, 66, que LAFAXETE RODRIGUES PEREIRA *(Direito das Coisas,* 1, 421, nota 5) confundiu com a L. 3, O., 11, 65, explicita-se: "Quem quer que creia ser entregue a posse de coisa privada nossa, recebida em seu próprio nome, ou por direito perpétuo, ou por título de arrendamento, a quem não seja apto a pagar a utilidade de nosso patrimônio, seja sujeito ao pagamento perpétuo, em vez daquele a quem sub-rogou em seu lugar (is pro eo quem succedaneum subrogavit perpetuae solutioni statuatur obnoxius) „~. Não se deu sanção de inexistência, nem de ineficácia; deu-se a de continuação da obrigação de pagar, por ser inapto o adquirente (qui pensare utilitatem nostri solvendo non valeat).

2.IRRENUNCIABILIDADE DA ENFITEUSE. A extinção da. enfiteuse por ato jurídico negocial unilateral do enfiteuta não ocorre com a mesma facilidade com que se dá a extinção dos outros direitos reais limitados, por atos dos seus titulares. Negaram a renunciabilidade do direito real limitado aos enfiteutas, após autores famosos, F. O. GESTERDINO *(Entwickelte Lehre vom. Eigentum,* 434), A. A. vON BUCHHOLTZ

(Juristische Ábhandlungen, 313), O. F. A. Vuv *(De Originibus et Natura*

s.) e L. ARNDTS *(Lehrbuch. der Pandekten,* 1S.a ed., § 199, nota). Afirmaram-na E. CONNAItIUS

(Commentariorum Juris civilis, II, 587), A. FABER, J. VOET . *(Commentarius ad Pandectas,* 1, 847). ER.

KARL VON BURI *(Áusfiihrliche Erlduterung Jes Lehnrechts,* 229), J. FR. MAL-. ELANC *(Principia iuris romani secundum ord. Digesto‟rum,* II, § 417, 171 e 173), A. O. J. SCHMID *(Handbuch des gegenwiirtig geltenden gemeinen biirgerlichen Rechts,* 43) e outros.

O princípio geral está implícito no sistema jurídico brasileiro: o enfiteuta não pode renunciar, quando entenda, ao direito real limitado de enfiteuse. Há a exceção do art. 697, □

2 a parte. O art, 691 não é, propriamente ,

exceção ao princípio, porque aí se cogita de *acordo,* tanto que se desce à apreciação da *causa* (gratuidade).

Pesaram como fundamentos para se não admitir a renúncia ao direito real limitado ou a denúncia vazia do contrato enfitêutico a) o ter de ser concebida a enfiteuse como duradoura,, para não haver surpresas ao senhorio, *Li)* o ser sem alcance poder-se renunciar à eficácia real sem se poder denunciar o contrato, ou revogar a declaração unilateral de vontade, *c)* a origem mesma do *ager vectigalis* e da emphyteuse, estatal ou de grandes extensões territoriais. Certamente não seria possível reduzir o enfiteuta à situação do colono adscritício, aos *gtebae adscriptitii,* mas a revogabilidade e a denúncia vazia seriam contra os princípios que regem contratos bilaterais. A denúncia cheia seria de admitir-se (J. J. BEOR), para ambos os figurantes, e os sistemas jurídicos cuidaram disso (cf. G. II. AYRER, *De Div ersitate luris einph#teutici,* 43).

Tais considerações pesaram ao redigir-se o art. 687.

3.RESTITUIÇÃO RENUNCIATIVA. O enfiteuta não podia restituir eficazmente, no tocante.a livrar-se do ônus da pensão pretérita ou futura. O terceiro, que adquiria o bem, crendo-o livre, podia restituí-lo. Sempre que o enfiteuta podia restituir o prazo, *invito domino,* tinha de *avisar,* para que não ficasse *pro derelicto* o fundo; enquanto não o fazia, não se exonerava dos deveres e obrigações (MANUEL TEMUDO DA FONSECA, *Decisiones,* d. 270).

Hoje, o Código Civil, art. 687, foi explícito quanto ao "abandono ao senhorio direto", independentemente de consentimento desse, em caso de esterilidade, destruição parcial do prédio enfitêutico, ou perda total dos frutos.

Donde ter o intérprete de atender a que "abandonar", no art. 691, e "abandono", no art. 687, não têm o mesmo conteúdo. Ali, há bilateralidade do negócio jurídico, pois há de consentir e não só assentir o senhorio. Aqui, unilateralidade, renúncia, negócio jurídico unilateral, que independe do consentimento ou do assentimento do senhorio.

O Código Civil excluiu a *laesio enormis,* em geral; não precisava fazê-lo, no art. 687, em particular, no tocante à enfiteuse. Não há a rescisão por *laesio enormis;* nem há a resilição por superveniente ruína parcial, ou esterilidade. *Res perit tota, liberatur emphyteuta; si pro parte perit, mm ita liber eril,* dizia a Glosa. O art. 692, 1, define a deterioração total, de que resulta extinção. O art. 687 só se refere às espécies em que a enfiteuse não se extingue.

O substantivo de remir é remição, e não remissão. HL remição, e não remissão da hipoteca. Remição ou resgate (art. 693) da enfiteuse, e não remissão. Op. Tomo, II, § 158, 2.

Redimir, remir, é *Te-sineTe,* re-comprar. re-adquirir, aftatar, pagando, livrar-se, solvendo. Re (di) mitio, remitio, remipxento, remição. Remitir é que vem de *re-mittere;* remissão é~to de remeter, entregar. Rime-se a hipoteca, rime-se SiíWgata-se o foro; remite-se a divida. Donde remição da hipoteca e remissão da dívida. O

redentor redime; não remite. Se já se perfez o suporte fático do comisso, pode o senhorio remitir o comisso (

remitir a pretensão ao comisso) ; então, há remissão do comisso, em boa terminologia, assaz empregada pelos antigos juristas.

Remição do faro é remição do dever da pensão, o que no direito luso-brasileiro sempre se afastou (FRANcIsco PINHEIRO, *De Censu 4 Empkyteusi Tractatus,* 285 s., que não se refere a remir, mas a cessar a obrigação de prestar o fOro, ou a escusa de tal solução; MANUEL GONÇALvES DA SILVA, *Commentaria,* IV, 480 s.; ANTONIO DE SousA DE MAGno, *Decisiones,* 285; MANUEL ÂI,vnEs PICAS, *Resolutiones Forenses,* 1, 248 e 288 s., que fala de renúncia), ou é simplesmente resgatar.

Temos, portanto, como interpretação científica do art. 687v e 2.8 partes: 1.ª parte: O foreiro não tem direito a resgatar o faro, fazendo-o avaliar após a esterilidade superveniente, ou a destruição parcial do prédio enfitêutico, ou a destruição total dos frutos; mas: 2.~ parte: Pode o foreiro extinguir a enfiteuse, renunciando ao direito real limitado sobre o prédio (alodializando a êsse, portanto), fazendo registar a renúncia e criando-se, pela ablação da causa, dever de entregar. A renúncia segundo o art. 687, 2.8 parte, tem, sempre, como eficácia posterior, a alodialização, embora não se haja inserido no art. 692 como causa de extinção da enfiteuse. A renúncia eficaz deixa operar-se a consolidação, isto 6, a alodialização, automaticamente . O fato que ocorre, quando o enfiteuta perde o direito enfitêutico (= quando a enfiteuse se extingue sem ser por total deterioração), é a alodialização, ou *reversdo,* ou *consolidação* (dos dois termos lançaram mão os. velhos juristas, *e. g.,* MIGuEL DE REINOSO, *Observationes Practimie,* 402 s.: “et revertitur ad directum dominum”, “ut utile dominium cum directo consolidetur”; MELO

FREIRE, *InstitutWna,* IN, 154: “... consolidatione, seu devolutione speciali ex causa caduci; cum consolidatio generaliter significet utriusque dominii in eadem persona coniunctionem quacumque de causa”). *É* o *principio de elasticidade dos direitos,* assunto que já se versou (Tornos V, § 520, 1, XI, § 1.166, Xli, § 1.300, 3, XIV, §

1.606, 3). Não é o direito enfitêutico o que o senhorio adquire; deixa de ser senhorio, em relação ao enfiteuta, porque a enfiteuse desapareceu: desaparecendo a enfiteuse, readquire o dono do prédio os elementos que compõem o conteúdo das enfiteuses. Não adquire o direito que se extinguiu; readquire os elementos que haviam saído do direito de propriedade. Tal reaquisição nada tem com o ato do enfiteuta, unilateral, qualquer que seja o nome que se lhe dê. Se, em vez disso, o enfiteuta alienou o direito enfitiutico ao senhorio, gratuitamente, ou não, a consolidação não se opera, o senhorio passa a ser, também, e por sucessão, enfiteuta.

Os elementos que haviam sido detraídos à propriedade, para composição do conteúdo do direito real limitado, continuam separados dela, porque o direito real limitado não se extinguiu.

No art. 691, há, necessariamente, bilateralidade das declaração de vontade: o enfiteuta doa ou aliena gratuitamente e o senhorio aceita Se aquele disse que renunciava, disse mal: chamou renúncia à oferta, que fêz. Renunciar, fora das espécies do art. 687, 2.8 parte, não poderia.

Ainda são negócios jurídicos que extinguem a enfiteuse o *resgate,* que é unilateral, e o *distrato,* com a desconstituição.

§ 2.185. Resgate

RESGATE DA ENFITEUSE PELO ENFITEUTA. Diz o

"Todos os aforamentos, salvo acordo entre as partes, restáveis vinte anos depois de constituídos, mediante parte vinte pensões anuais pelo foreiro, que não poderá nitrato renunciar o direito ao resgate, nem contra disposições imperativas deste Capitulo" (Lei n. 2.437, de 7 de março de 1955, art. 1.0). De inicio, note-se que se considera o direito do enfiteuta, direito real limitado, como pelo domínio, e se emprega a expressão "resgate" para se considerar o ato de liberação do foreiro, em vez de se pensar em ato de liberação do senhorio, isto é, de obliteração do gravame. atiça-se mão de termo que mais conviria ao ato com que o senhorio tornasse livre de anus o domínio. Em tudo isso, há reminiscência feudal, porque se encalonariam os domínios, e a leitura de livros franceses muito concorreu para essa visão da enfise, pondo-se o investigador *do lado em que e8tá o enfiteuta* (a e tocaria o *domaine de propriétê;* ao senhorio, o *domoine de su ériorité,* o *droit de sei gneurie).*

Devemos interpretar o Código Civil livrando-nos dessas escórias que são como ossadas que encontram ao lavrar-se o terreno.

A regra jurídica da irrenunciabilidade nada tem com a regra jurídica da remibilidade ou resgatabilidade pelo enfiteuta. A resgatabilidade ou remibilidade pelo foreiro é, em parte, de direito *dispositivo.* O próprio art. 693

di-lo, aludindo à possibilidade de pré-exclusão da sua incidência: "salvo acordo entre as partes" (MANUEL DE

ALMEIDA E SOUSA, *Tratado prático e critico de todo o Direito enfitêutico,* II, 50: "É freqUente neste Reino, e em outras nações , convencionar-se nos emprazamentos, que em qualquer tempo poderá o enfiteuta remir a pensão imposta, e que, remindo-a, ficará o prazo extinto, e alodiais os bens no domínio do enfiteuta"). z.Que é, porém, que se pode afastar, dispositivamente, do art. 693?

A resgatabilidade é inderrogável (art. 693, *verus* "pelo foreiro, que não poderá no seu contrato renunciar o direito ao resgate"). Portanto,

qualquer declaração de vontade em contrário tem de ser sem pré-eliminação do resgate. A resgatabilidade pode ser a qualquer tempo, ou antes dos vinte anos a que se refere o ad, 693 (Lei n.

2.437, de 7 de março de 1955, art. 1.0). O pagamento pode ser de *menos* do que se fixa no art. 693.

2.RESGATE PENDENTE COMISSO. Discute-se se, estando composto o suporte fático do comisso, mas faltando a sentença, pode o enfiteuta remir (resgatar) o direito enfitêutico, ficando com o prédio. As sofisticaÇÕES do CARDEAL DE LUCA e FRANCISCUS FULGINEUS não nos podem interessar: distinguiam eles a enfiteuticação em que foi outorgante o senhorio, dono pleno ao tempo em que outorgou o direito real limitado, e a enfiteuticação em que foi outorgante o enfiteuta, então senhor pleno do prédio.

A questão só se pode resolver com acerto se se parte de estudo da natureza da ação e da sentença de comisso.

Se a ação é declarativa, o enfiteuta não pode resgatar, após a composição do suporte fático do comisso, a que nada, *ex hypothesi,* faltaria. Se a ação é constitutiva negativa, o suporte fático do comisso só se integra com a sentença favorável; portanto, enquanto não se desconstitui o direito real de enfiteuse, por sentença, ainda se pode resgatar a enfiteuse e adquirir o prédio. Não escondemos que o termo resgate dá ao enfiteuta posição em relação ao prédio como se fosse o enfiteuta, e n~o o dono, que sofresse a *limitação.* Mas a lei o emprega e não há grandes inconvenientes em conservá-lo. Trata-se, em verdade, de *direito formativo gerador,* que tem o enfiteuta, direito à aquisição do prédio sujeito a enfiteuse, mediante a prestação de vinte pensões , se já vinte anos passaram após a constituição da enfiteuse.

Direito formativo gerador, o direito fundado no art. 693 não prescreve; pode precluir. Aliás, embora não tivessem a técnica científica de hoje, os juristas dos séculos XVII a XIX intrigavam-se com o assunto. ~ Que é que acontecia ao direito do senhorio se não o exercia, a despeito de saber que o enfifruta incorrera em comisso?

A solução da prescrição não se enquadraria e foi repelido o que afirmou o francês DUNOT; apenas, do lado do adquirente, que, *ex hypothesi,* tem titulo, se opera a usucapião do prédio, ou a prescrição da ação real do senhorio que quisesse reivindicar.

O enfiteuta que incorreu em comisso pode purgar a mora *e* requerer o resgate. Nada obsta aos dois atos enquanto não se desconstitui a

relação jurídica de enfiteuse pelo julgamento judicial do comisso.

3.AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE PELO RESGATADOR. No ate há *modo de extinção da enfiteuse* e ao mesmo tempo *io de direito pelo enfiteuta.* O enfiteuta tem direito ao resgate, direito que se exerce com a prestação de que cogita a lei. Do exercício desse direito resulta o *resgate,* fato de aquisição da propriedade e ao mesmo tempo extintivo da enfiteuse, pela confusão na mesma pessoa dos dois direitos reais, o domínio e o direito enfitêutico. Se raciocinamos com rigor, o resgate é desapropriação pelo enfiteuta; porque, se havia quem deveria poder liberar-se, essa pessoa seria o senhorio, não o enfiteuta. Foi o domínio que sofreu a restrição. Não o direito enfitêutico, que se fêz com elementos tirados ao conteúdo do domínio. Dai ter-se dito que a "potestas affrancandi repugnat contractui emphyteusi". A *ratio legis* do art. 693 está em que se reconhece a importância quantitativa dos elementos que compõem o conteúdo do direito enfiteutico , importância tal, que parece só se deixou ao domínio a pele da propriedade; e redigiu-se regra jurídica que permite o resgate, que em verdade desapropria.

Em verdade desapropria, dissemos. Pergunta-se: resgatada a enfiteuse, ~ pode o enfiteuta conservar-se enfiteuta e fazer-se senhorio? Não, dir-se-á; o resgate dá a propriedade, não, porém, como aquisição à parte, adquire-se o domínio, para que não haja mais enfiteuse. Essa não é a melhor solução: a continuação da cisão pode ocorrer se o enfiteuta faz *transcrever* a sentença quanto ao resgate e *declara* não querer cancelar o registro da enfiteuse. Tudo se passa, ao inverso, à semelhança do que acontece em caso de comisso.

4. RESGATE E TRANSFERÊNCIA DO DOMíNIO. A transferência que emana do resgate 6 transmissão da propriedade, dando ensejo à pretensão do Estado ao impOsto de transmissão da ropriedade imobiliária e à exigência da transcrição. Para que o direito ao resgate nasça, é preciso que já tenham decorrido vinte anos, salvo se outro prazo foi adotado, ou se foi dispensado qualquer prazo. O art. 693 começa por dizer "todos os aforamentos, salvo acordo entre as partes, são resgatáveis vinte anos depois de constituídos". A ressalva "salvo acordo entre as partes" só se refere ao tempo‟ exigido, suspensivamente, para o direito ao resgate. Não às outras proposiçôes do art. 693.

joder-se-ia fixar em mais de vinte anos o início da resgatabilidade? A 1.8 parte do art. 693 é dispositiva, e o prazo de vinte anos não é

máximo; mas o prazo que provavelmente excede a vida do primeiro enfiteuta implicaria pactuar sobre írresgatabilidade.

No direito de alguns povos se distinguiam o direito real de resgate e o direito pessoal, segundo os pactos eram concebidos ti *versonam,* ou ti *rem ipsam,* isto é, a favor do primeiro enfiteuta ou de seus sucessores. A distinção não mais interessa ao

direito brasileiro, porque o pacto que restrinja o direito de resgate, direito real, contra o enfiteuta seria nulo.

Pode o pacto favorecê-lo; não, prejudicá-lo. Ainda que se houvesse pactuado só ter direito ao resgate o primeiro enfiteuta, ou só êle e os seus sucessores a causa de morte, e tal fOsse registrado, seria nulo.

Outrossim, o que estabelecesse que seriam mais de vinte as pensões anuais devidar pelo enfiteuta que quisesse resgatar.

5.ENFITEUSES ESTATAIS. Também no Decreto-lei n. 760 diz o art. 122: “Autorizada, na forma do disposto no 103, a remissão (1) do aforamento dos terrenos compreendi em determinada zona, o 5. P. U. notificará os foreiros, na do parágrafo único do art. 104, da autorização concedida ”. E o seu parágrafo único: “Cabe ao Diretor do 5. P. U. [dir sobre os pedidos de remissão que lhe deverão ser dirigidos por intermédio do órgão local do mesmo Serviço”. Note-se a repetição do termo “remissão”, que é de tOda a impropriedade, na espécie.

A balbúrdia de terminologia reflete a meia-ciência dos elaboradores de leis, no período de 1980-1956.

Lê-se no art. 123: “A remissão será feita por importância correspondente a 20 foros e 1 1/2 laudêmios, calculado êste sobre o valor do domínio pleno do terreno e das benfeitorias existentes na data da remissão”. E

no seu § 1.0: “A remissão se fará com redução de 20%, 15%, 10%, e 5%, se requerida respectivamente, no primeiro, segundo, terceiro, ou quarto semestre, da data da notificação”. E no seu § 2.0: “Perderá direito a qualquer das reduções mencionadas no parágrafo anterior, o requerente que não efetuar o pagamento devido no prazo de 80 dias da expedição da guia do recebimento”.

Acrescenta o art. 124: “Efetuado o resgate, o órgão local do 5. *P.* U. expedirá certificado de remissão, para a averbação no Registro de

Imóveis".

Trata-se de *resgate* da enfiteuse estatal. Não há pensar-se em remissão, que nada tem com remição. Aliás, o art.

124 do Decreto-lei n. 9.760 emprega o termo *resgate.*

O art. 103 do Decreto-lei n. 9.760 diz que o aforamento se extingue por inadimplemento de cláusula contratual (comisso), por distrato ("acordo entre as partes"), pelo resgate ("remissão do fOro", o que é erro de linguagem) e quando as terras não estejam sendo utilizadas "apropriadamente". No § 2.0, o art.II atribui ao Presidente da República, por proposta do Ministro da Fazenda, "nas zonas onde não mais subsistam os motivos determinal da aplicação do regime enfitêntico", a resolução sobre o resgate. O ato autoriza o resgate, ainda não tem a eficácia de resgatar. Só a *averbação* no registro de imóveis tem tal função. Mas advirta-se em que a averbação, ai, cancela (cf. Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 178, e), V).

~ 2.186. Distrato

1. PRESSUPOSTOS. Além dos requisitas dos distratos em geral, o ato desconstitUtivo da enfiteuse exige que seja alienável o direito enfiteutico e alienável o direito do senhorio, porque o distrato supõe disposição dos direitos *reais,* do senhorio à enfiteuse, embora se dê a consolidaçao, e do enfiteuta ao direito enfitêutico. O art.

1.098 do Código Civil incide.

Seria erro afirmar-Se que, sendo o distrato da enfiteuse *causa* de globalização, distratar a enfiteuse não é ato de disposição. Não se dispõe somente quando o ato de dispor é unilateral. Vender é dispor; ainda que o preço recebido seja elevadíssimo. Quem compra dispõe do preço. Tem-se de considerar que não" precisa de autorização judicial o titular do pátrio poder que compra, com o seu dinheiro, o bem para o filho, porém não o que distrata a enfiteuse que recai em bem do filho: porque abre mio da pensão enfitéutico.

2. MODIFICAÇÃO DAS CLÁUSULAS DA ENFITEUSE. Para se modificarem cláusulas da enfiteuse tem-se de observar o que se estabelece para o distrato.

As modificações das cláusulas da enfiteuse podem ser de pormenores que não equivalham a distrato *mais* ato de constituição. A diferença reflete-se no registro. As modificaçõeS que são simples retoques ou explicitações ao contrato enfitêutice *(e. g.,* comunhão *pra divisa,* sem divisão, portanto, da enfiteuse lugar em que se há de pagar a pensão enfitêutica caracterização de limites; demolições e edificações), 550 *averbaveis* no registro de imóveis (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939-arts. 285 e 286).

CAPITULO VII

PRETENSÕES £ AÇÕES DO SENHORIO

E DO ENFITEUTA

§ 2.187. Pretensões *e* ações em geral

1.PRETENSÕES E AÇÕES DO DOMÍNIO E DOS DIREITOS REAIS LIMITADOS. Em matéria de enfiteuse, há as ações que correspondem às que se propõem em se tratando de domínio, tais como as declaratórias positiva e negativa, as constitutivas negativas concernentes à invalidade da constituição ou transmissão, as mandamentais relativas ao registro, e as ações próprias da enfiteuse. Têm-nas o senhorio e o enfiteuta.

2. INDICAÇÕES DE MÉTODO. É de maior utilidade prática tratar-se das ações que tem o senhorio e o enfiteuta sem lhes esquecer a especificidade, mas sem se deixarem de referir as açOS que competem a todos os donos e titulares de direitos reaja limitados.

§ 2.188. Ação declaratória

1.PRETENSÃO À DECLARAÇÃO. Pretensão e ação para a declaração da existência da relação jurídica real de enfiteuse somente compete a quem tem interesse em que seja declarada. Quem, segundo o art. 676 do Código Civil, consta do registro como titular, ou, se tal registro existe, a pessoa interessada na declaração, está em situação de ser-lhe reconhecida legitimação *ad causam.* É preciso, para as conseqüências nas decisões processuais, que se distingam a *preteltatio tutela juridica pretensão processuaI.* que nasce do exercício daquela, e a *objeto do*

litígio.

Havia ação, engastada nos costumes da Igreja, pela qual ela, senhor , fazia citar-se o foreiro para que dissesse qual o prédio foreiro, ou qual a extensão do prédio foreiro. O autor como que se desonerava de alegar e provar e dava ao réu o ônus. NEo há tal ação. *O* foreiro, que entende não haver foro, ainda que haja pago pensões, pode propor a ação declaratória nega-Uva; o senhorio, que se crê tal, ainda que não lhe hajam recusado foros, tem a ação declaratória positiva (MANUEL GONÇALVES DA SILVA, *CoMtfltfl ± Lrt«,* 11,202:"... quando emphyteuta negat, rem aliquam ex multis a se passeaStE esse emphyteuticam quia time dominus ipse tenetul"

astendere et probate, rem iliam esse talem"¶I.

2.AÇÕES DECLARATÓRIAS QUANTO A DIREITOS REAIS LIMITADOS QUE TEM O ENFITEUTA.

Se o enfiteuta é titular de algum direito real limitado, que lhe toque como enfiteuta, pode propor ação declaratória positiva. Idem, se alguém se diz com direito real limitado que recaia no direito enfitêuticO.

§ 2.189- AÇÃO *Ugã* erblbendum"

1.AÇÃO DE EXIBIÇÃO, AÇÃO PESSOAL. Já vimos que a Ação de exibição, no direito brasileirO, é pessoal (Tomo XIV, § 1.568, 2); e frisa-O o Código de Processo Civil, art. 221. Pode exercer-Se preparatória ou não, a pretenso exibitória, ou, ainda, como pretensão cautelar (Código de ProcessO Civil, arte. 216-222 e 676, V).

Satisfeitos os pressupostos, pré-processuais sutis e processuais o enfiteuta ou o senhorio pode propor a exibitória. A referência do art. 676, V, aos arts. 216-222, não pré-exclui a proponibilidade da cominatória, segundo o art. 302. XII.

2. ENFITEUTA SENHORIO. O enfiteuta pode pedir que o senhorio alba o titulo que tem ou diz ter; o senhorio, também. O interesse pode ser quanto ao foro, quanto ao laudêmio, quanto a limites, ou pertenças do direito foreiro, ou quanto à própria relação jurídica de enfiteuse.

3 2.190- Ações que competem ao enfiteuta contra o senhorio

A ação do enfiteuta é bem a «tília *rei petitio* (1~. 16, D., de *senititttibttt,* 8, 1: “Ei, qul pignori fundum accepit, nou est íniquum utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipSiU5 fundi utilia petitio dabitur. ideni servari convenit et ia so, ad quem vectigalis fundus pertineti: “não é iníquo”, disse JULIANO, “que ao que recebeu o fundo em penhor se dê a *petitio «tília* de servidão, assim como se lhe dá a *«tília petitio* do próprio mudo. O

mesmo convém que também se observe a respeito idaquele a quem pertence o fundo vectigal”.

A ação reivindicatória, proposta pelo enfiteuta, é ação de se pedir o direito real limitado de enfiteuse, considerado *res,* na adjetivação, porque o prédio mesmo é entregue. A ação rei vindicatória, proposta pelo senhorio, ou é para que se lhe restitua o prédio como prédio seu, embora gravado de enfiteuse, ou para que se lhe restitua como alodial, se o senhorio não admite a enfiteuticação. Se quem é enfiteuta move ação de reivindicação porque entende que é dono, e não enfiteuta, a sua ação nada tem com a antiga *adio vectigalis.*

2. IMISSÃO DE POSSE. Antes de o enfiteuta obter o registro, ou antes do outorgante-comprador obtê-lo, não há direito real limitado, ou não lhe foi transferido, respectivamente.

A ação é pessoal. Pode o outorgado providenciar para o registro e pedir, depois, *imissão de posse.*

3.AçÃo PUBLICIANA. Também cabe, na proteção ao enfiteuta, a ação Publiciana (L. 12, § 2, li., *de Publiciana in rem actione,* 6, 2: “In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita est”): “Em prédios vectigais e outros que não se podem usucapir”, disse PAULO, “compete a Publiciana, se por ventura me foram entregues de boa fé”.

4.AÇÕES DE EVICÇÃO E DE REDIBIÇÃO. O enfiteuta tem ação de evicção contra o senhorio. Réu em ação sobre o direito enfitêutico, tem de chamar o senhorio à autoria.

O contrato bilateral que está à base da constituição da enfiteuse pode dar ensejo às ações por vícios redibitórios (ação redibitória e *quanti*

minoria, Código Civil, arts. 1.101-1.106).

5.AÇÃO CONFESSÕRIA. A estrutura da ação confessória merece a máxima atenção. O dono do prédio pode defender-se com a *acUo negatoria* contra quem afirme ter direito real limitado em bem de seu domínio. Nada impediria que exercesse a reivindicação se o possuidor se afirmasse dono; mas a ação de reivindicação seria excessiva e inadequada se o possuidor não se diz dono, mas apenas titular de servidão, usufruto, uso ou habitação, ou, até, enfiteuse. O titular de qualquer desses direitos tem a ação confessória, a *acUo confessoria,* contra o proprietário da coisa ou o enfiteuta. É posterior *à vindicatio servitutis, à vindicatio usufructus* e assim por diante, que somente no direito justinianeu se chamou *adio confesso-ria* (L.

23, §§ 10 e 11, D., *ad legem Áquiicsm,* 9, 2).

Em sua pureza de confessoriedade, a *adio confessoria* não teria a cláusula de restituição. O. LENa *(Das* Edictum perpetuum, □

3 a ed., 190 a.) chegou a pensar nisso; mas em verdade a confessória podia conter e provavelmente continha tal cláusula, se havia falta de posse ou ofensa à posse. Em todo caso, convém atender-se a que a restituição se pode dar ainda que o enfiteuta tenha posse, porque o senhorio lhe negue a posse de enfiteuta.

O enfiteuta tem a *ação confessória* para que se lhe julguem as servidões ativas do prédio enfitêutico e a ação *negatória* para que não se admitam servidões passivas contra direito. Bem assim, quanto ao usufruto, ao uso, à renda imobiliária e à habitação.

§ 2.191. Ações do senhorio contra o enfiteuta

1.PRETENSÃO E AÇÕES DO SENHORIO. Contra o enfiteuta tem o senhorio as ações de cobrança de foro, do laudêmio ou das indenizações, e tais ações, no que tocam a foro e laudêmio, ou são a) a condenatória; ou *b)* a executiva de cognição inicial incompleta (Código de Processo Civil, art. 298, IX); e) a ação de comisso, que é constitutiva negativa e apenas tem por fito a extinção da enfiteuse; *d)* a ação desconstitutiva-executiva por incursão em comisso, em que se somam a ação de comisso e a de vindicação, dando-nos a figura de ação desconstitutiva..executiva, com carga de eficácia imediata de executividade. Se o senhorio somente propôs a ação de comisso, de que se fala em e), há, com a sentença, desconstituição da relação

jurídica de enfiteuse, condenatoriedade e declaratividade. A ação que tem de ser proposta, depois, é a de reivindicação. Para que a ação (O tenha eficácia de coisa julgada material não é preciso que ao pedido se junte o de declaração.

As cargas das ações a), (4 e e) são as seguintes:

EFICÁCIA

A ação de vindicação é a que tem de ser proposta depois da sentença na ação e), porque falta a carga mediata de executividade e "emphyteuta, qui incidit in commissum, ab eo tempoí"e vitiose videtur possidere respectu domini directi, et ideo iuste dominus potest ingredi fundum ratione suse civilis, et licite turbare emphyteut am in ea naturali inJusta" (PEDRO BaBOSA, *Commentarii de ludici ia,* 408).

No direito anterior, não se exigia para a ação de cobrança de force e laudêmios a *plena cognitio,* o que se vê em Màxum, GONÇÂLVES DA SnsÃ *(Commentaria, II,* 204: "Limitatur taxidem, ut non procedat, si agatur actione personali ex contractu emphyteutico pro pensionibus, et iuribus dominialibus; tunc enim probatur dominium per solam investituram, et noxi potest emphyteuta domino referre quaestionem dominii"), que se apoiava em Átvno VaÃsco *(Quasationum Inris emphvteutici,* 9. 9, n. 15) e em PEno BaBosA. Hoje, não podemos manter tal proposição, porque a alegação e a prova do direito real limitado têm de ser feitas, quer na ação condenatória típica quer na ação executiva do art. 293, IX, do Código de Processo Civil, cuja cognição não-plena se completa com a exigência do rito ordinário (art. 301), tanto mais quanto o registro é essencial (Código Civil, art. 676).

Quanto a terceiro, é preciso que exista o direito real limitado, o que só se prova com a certidão do registro: a escritura pública, por si só, não basta (GÃwWL PEREIRA DE Cano, *Decisiones,* 122), ainda que antiga a investidura. Perderam interesse as questões sobre ter eficácia de coisa julgada materia!, ou não, a decisão em que se atendeu ao reconhecimento da dívida de fOro pelo réu; o reconhecimento poderia ser da duvida, não da relação jurídica *real.*

O senhorio pode reivindicar a enfiteuse se outrem que o enfiteuta se diz enfiteuta (L. 1, § 1, D., *si ager rectigalia, id est emvkyteuticarius, petatur, 6,* 3: "...tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem..."). A ação vai contra o possuidor, que se diz e não é titular do. domínio, ou contra quem se diz titular do direito real, provindo de dominio de outrem. Se o que se diz enfiteuta não nega o

direito de domínio de quem se trata e a sua afirmação poderia coexistir com a do dono, a ação a propor-se é a negatória, ainda que possuidor (cf. L. 5, § 6, D., *si uns fruotus petetur veZ ad alium pertinere negetur, 7,* 6). No sistema jurídico brasileiro, assim é, porque a enfiteuse se inclui no rol dos direitos reais limitados.

2. AÇÃO DE COMISSO. A classificação da sentença de comísso como sentença declarativa proveio da convicção, hoje posta por terra, de não haver sentença constitutiva com eficácia *ex tune.* Raciocinava-se: se a eficácia da sentença na ação de comisso é *ex tune,* tal sentença somente pode ser declarativa. Abstraia-se da purga da mora, mas admitia-se a remissão do comisso, e ressaltava a contradição. Verdadeiramente, a fOrça da sentença de comisso é a fOrça constitutiva negativa, embora tenha o juiz de fixar desde quando se iniciam os efeitos da extinção.

A purgabilidade da mora, na ação de comisso, é inderrogável. Por outro lado, não há no Código Civil regra jurídica que corresponda *à* das Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 39, onde se fazia depender da anuência do senhorio a purgação; de modo que, no direito de hoje, a purgação pode ser requerida antes da demanda de comisso, ou após a citação, *até 86 Contestar o feito.*

O pacto de poder purgar a mora, até ser concluso o feito, ou encerrado o debate oral, ou, na superior instância, até antes do julgamento, vale; não o pacto de impurgabilidade até a contestação da lide (no direito anterior, em sentido contrário, MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Tratado prático e critico de* todo o *Dtreito eufiththtet), 1,* 463, que se deixou levar pelo que escrevau o CABDEAL nu lAICA).

A solução luso-brasileira C, hoje, brasileira é a melhor, por ser a mais equidosa. No direito canônico, adxmtia-se a purgação *brevissimo tempo* após a expiração do último ano dos a que haviam de corresponder as pensões em débito, para se cogitar de comisso. A. C. J. SCHMID *(Hosndb"ucIt* des *gegeniviiflig geltenden gemeiittit deutackett biirgerlickett Reehts,* 1, 57) entendia purgável a mora até a propositura da ação pelo senhorio; L.ARNDTS *(Gesczriwteltt ciuitistische Sckriftett,* 245). até qualquer declaração do senhorio quanto ao exercido da pretensão à decretação do comisso. A solução que as Ordenações Filipinas deram para as enfiteuses eclesidaticas é a mais técnica; e generalizou-se, vindo até hoje.

3.AÇÕES ORIUNDAS DO DIREITO DE PRETERÉNÇÃO . Ao senhorio, titular do direito de preferência, cabem interpelação do enfiteuta,

segundo o art. 724 do Código de Processo Civil, porque o enfiteuta é o devedor da. preferência, ou a notificação do art. 312 (por analogia) do Código de Processo Civil, ou a ação cominatória do art. 802, XII, do Código de Processo Civil, ou a ação do art. 685 do Código Civil, se a alienação foi feita com ofensa ao direito de preferência.

A ação do senhorio para exercer o direito de preferência, se foi alienado sem o seu assentimento o direito enfitêutito, é ação constitutiva negativa, mesmo porque se pode ter de desconstituir o próprio registro. ~ Há *resoLução* por infração do contraente, ou *rescisão,* ou *anulação?* A. alienação foi ineficaz contra o senhorio, de modo que tem ele o direito de preferência, como o teria se avisado tivesse sido. Os juristas que mais se aproximaram da verdade foram J. GUTiERREZ *(Pr(LttiCtVfUm Qitaestioflflfl,* L.II, q. 153, . 4) e STEPHANUS GRATIAT4US *(DiscCl)tOhiOflflm Foretaiflr,t,* d. 876, xi. 2), mas ainda a falta de técnica científica os perturbava.

Também o enfiteuta, quando é o senhorio que vai alienar o prédio (Código Civil, art. 684), tem as ações a que acima nos referimos, inclusive a do art. 685, embora o art. 685 tenha sido colocado após o art. 684.

A ação para se exigir a preferência, que tem o senhorio, é ação real, e não pessoal: prescreve segundo o art.

17"?, em dez e quinze anos (Lei n. 2.487, de 7 de março de 1955, art. l.~ PrrRUS MÂRCELLINTIS

COmtÀDINU5, *Tractatus de lure praetati&nis,* q. 24, xis. 41 e 42). Se o senhorio estava presente, *e. g.,* recebia a pensão sob protesto, prescreve em dez anos.

4. AçÃo NEGATÓRIA. O dono do prédio tem ação contra quem se diz enfiteuta para que se lhe julgue livre de direito de enfiteuse o prédio, se houve ofensa sem retirada da posse, e se não preferiu a simples ação declaratoria negativa. Já se tratou da ação negatória, em geral, no Tomo XIV, §§ 1.583-1.586. O dano à propriedade não é pressuposto necessário da ação negatória.

Assunto delicado é o de se saber se a sentença desfavorável na ação negatória faz coisa julgada material (= se o peso de declarativide é ~l"9. Se o demandado alegou o registro e a presunção do art. 859, o ônus de provar passou ao autor, se bem que, nas ações negatórias, caiba ao demandado a prova (a servidão não se presume, art.

696); de modo que a declaratividade ressalta (ULPIANO, L. 2, pr., D., *si ,çe~rvitus vindicetur rei ad alium pertinere negetur,* 8, 5: ~ confessoria ei qui servitutes sibi coxnpetere contendit, negatoria domino qul negat"j.

No § 2, 1, *de actionibus, 4,* 6, não se altera o pensamento jurídico, a despeito da incorreta redação triboniana e não se tire de Cmi FR. VON GttCi(*(Ana fiLkrlitht ~r~&gtentflg der Paiulekten,* IX, 231 s.) que êle nega a declaratividade, em questão prévia, da ação negatória; foi claro adiante (286 s.). Se o demandado invoca o art.

859, o demandante tem de fazer a prova na ação que propôs. Quem afirma haver servidão e que tem de prová-

lo: na ação confessória, o autor; na ação negatória, o réu. Já antes do registro das servidões, juristas procuraram atender à posse (8. L. B. de COCCEJUS, bis *civite controversum,* Livro 8, Tit. 5, q. 4; E. W. PEEIFFER, *Vermisehte Ái4sdtze,* 207-222); mas a inovação seria perigosa e foi repelida (J. „17. ZÂNNER, *introduetio in ins Digestorum,* 124; E. C. G. SCHNEIDER, *Voflstttrtdioe Abluin"JJungefl,* 434 s.).

§ 2.192. Prescrição

1.AÇÃO DE COBRANÇA OU EXECUÇAÕ PELOS FOROS. Quanto *à* prescrição da ação executiva pelos foros, entendia ANTêNIO TELES LEIflo DE LIMA que o prazo seria o das ações reais e, co m êle, MANUEL

DE ALMEIDA E SOUSA *(Tratado prático e critico de todo o Direito enfitêutico,* II, 276) ; com razão: a ação é real; e a lição dos jurisconsultos no sentido do prazo das ações pessoais é de repelir-se.

A afirmação de não ser real a ação do senhorio quanto à pensão enfitêutica origina-se de confusão entre ônus real de renda, o que ocorre na enfiteuse e na renda imobiliária, e a divida imobiliária, onde existe e não tem a natureza da "Gtilt" do Código Civil suíço, art. 847. A dívida de taxa ou de contribuIção de melhoria, ainda a particulares, é divida imobiliária, sem ser renda imobiliária. A divida imobiliária é bem móvel; a renda imobiliária, não. O alienante do prédio tem de pagar a divida imobiliária, ainda que da divida tenha ciência o adquirente; o alienante da enfiteuse, não; nem o do prédio sujeito a renda imobiliária (art. 750).

2. AÇÃO DE COBRANÇA DE LAUDÉMIO. Quanto ao laudêmio, a melhor doutrina luso-brasileira já lhe atribuía a eficacia de titulo executivo (analogia com a pensão, PANTALEXO DE ARAOJO NETo E QuEimA, *Commentaria ad Ordinationes,* 200; cp. Lei de 4 de julho de 1768; SILVESTRE GUMES DE MORAIS, *Tractatus de Executionibus,* V, 63 s.). O art. 298, IX, 2.a parte, do Código de Processo Civil é explícito. A pretensão e a ação são pessoais. A via executiva em virtude de sentença só mente prescreve, hoje, em vinte anos. Prescrevia em trinta pelo direito anterior ao Código Civil, e pelo Código Civil, antes da Lei n. 2.437, de 7

de março de 1955, art. l.~ e hoje prescreve em vinte anos, em virtude dá Lei n. 2.437, art. 1.0.

3. AÇÃO DE COMISSO. A ação de comisso simples e a ação de comisso cumulada com a de reivindicação também são reais, e prescrevem (PETRUS MARCELLINUS CornuníNus, *Tract a-. tua de Iure praslationis,* q.

4, n. 42) nos prazos do art. 177 do Código Civil. LACERDA DE ALMEIDA *(Direito das Coisas,* 1, 469) entendia ser pessoal a ação de comisso, mas deixou de dar qualquer argumento ou invocar qualquer texto ou autoridade. Trata-se de ação, que, quer simples quer se lhe cumule a vindicatória da enfiteuse, desconstitui a relação jurídica real, por força da sentença.

§ 2.193. Ações possessórias

1.ENFITEUSE E POSSE. O Código Civil conserva a enfiteuse, que é um dos cânceres da economia nacional, fruto, em grande parte, de falsos títulos que, amparados pelos governos dóceis a exigências de poderosos, conseguiram incrustar-se nos registros de imóveis.

Discutiu-se se o senhorio tem ou não posse imediata, o que importava em negar-se-lhe ou afirmar-se-lhe ser possuidor. Ou ele é possuidor e então é possuidor imediato; ou não tem posse, como enfiteuta. Se se afirma que tem posse, o enfiteuta é possuidor imediato; se se lha nega, a posse do enfiteuta seria própria, como proprietário que *também* seria. Já a respeito do direito romano havia divergência entre os juristas: uns entendiam que a posse que se protegia ao enfiteuta era a posse da coisa e outros a viam como *iria possessio,* com conteúdo de detenção da coisa, & semelhança do que se passava com o usufruto (L. ARNDTS, *Guammette civilistiache Schriften,* 277-317). *lua predii,* a

enfiteuse, para F. vow SAvIGNY *(Das Recht des Besitzes,* 7~8 ed., 119), gerava posse, contra o que fOra de esperar-se. No direito contemporâneo, a discussão mais versou sobre o direito de superfície, que não temos, mas ela se reflete na doutrina da enfiteuse, que o Código Civil conservou.

Já em outros termos se põe a questão: t O enfiteuta épossuidor próprio, ou possuidor de coisa alheia? Ou, melhor:

O enfiteuta é possuidor imediato, por ser mediato o senhorio, ou o senhorio não tem posse? As expressões

"temporâriamente" (art. 486) e "auf Zeit" (Código Civil alemão, § 868) alguns atribuiram que tem posse própria quem exerce o poder fático perpetuamente , o que seria decisivo, no direito alemão, para o direito de superfície se não há condição nem termo e, no direito brasileiro, para a enfiteuse, que é perpétua (assim, O.

WENDT, Der mittelbare Besitz, *Ãrchiv flir die civilistiache Praxis,* 87, 61). Quanto ao direito de superfície, a doutrina alemã acabou por assentar ser o dono do prédio possuidor mediato e possuidor imediato o superficiário quanto ao prédio ou *à* parte do prédio em que tem o direito de superfície ou de construção. O não-dono do prédio, que tem a posse própria, pode usucapir; o superficiário, ou o terceiro, que não tenha a posse mediata, pode ser repelido, possessôriamente (O. VON GIERKE, *Die Redeutung des Fo,hrnisbesitzes,* 7; TH. KIpp, em B. WINDSCHEID, *Lehrbuoh, 1,* 796; 1". KNIEP, *Der Resitz,* 185; MARnN WOLFF, *Lehrbuck,* IN, 27.a-

.32.B ed., 25; O. PLANCK, *Koinmentar,* IN, 84; contra, K. MAENNER, *Sachenreoht,* 269). A enfiteuse é perpétua (Código Civil brasileiro, art. 679, 1.a parte), pOsto que possa acabar pelo comisso, pelo falecimento do enfiteuta sem deixar herdeiros, salvo o direito dos credores (art. 692, II e IN), ou pelo resgate (art 693), ou, ainda, pela excepcional renúncia (art. 687, 2.~ parte). De regra, o senhorio tem a posse mediata ou indireta. Um dos argumentos nesse sentido ocorreu a J. O. C. GONDIM NETO *(Posse indireta,* 101 s.): se já se iniciara o prazo para usucapião pelo outorgante, tem-se de levar em conta o tempo após a outorga. Outro argumento é o de não se poder negar ao senhorio a ação possessória contra o enfiteuta, que se diga proprietário, e, a *fortiori,* contra o terceiro, conluiado, ou não, com o enfiteuta.

O enfiteuta é possuIdor *imediato,* que se pode mediatizar. O senhorio é possuidor *mediato.* Só o senhorio tem posse *própra.* A posse do

enfiteuta está no plano das outras posses que correspondem aos direitos reais.

Mirinar-se que o senhorio não tem posse é inadmissível; afirmar-se que o enfiteuta tem posse própria seria conceberem-se duas posses *próprias.* Cf. Tomo X, §§ 1.064, 2, e 1.066, 2. Podem eles perder a posse, ou receber, sem posse, o direito.

2.AÇÃO POSSESSóRIA CONTRA O SENHORIO. Se o senhorio, qualquer que seja a causa, toma a posse que cabe ao enfiteuta, tem essa ação possessória. Ainda que apenas se trate de turbação. Ou por obras em casa própria que tenha no prédio enfitêutico.

Os herdeiros do enfiteuta recebem o direito real limitado e a posse (art. 1.572). As ações transmitem-se aos herdeiros e nascem-lhes como ao decujo nasceriam (cp. Alvará de 9 de novembro de 1754).

Parte IV. Servidões

CONCEITO E NATUREZA DAS SERVIDÕES

§ 2.194. Conceito de servidão

1.CONCEITO E PRECISÕES CONCEPTUAIS. *Servidões* são direitos reais que conferem ao dono do prédio dominante o exercício de algum dos direitos oriundos do domínio, ou o retiram ao proprietário do prédio serviente. Em relação ao domínio, são , portanto, direitos reais de gOzo, restritos e *imediatos,* no que se diferençam do usufruto, do uso e da habitação, que recaem sobre tOda a coisa, e dos direitos reais de garantia, que não dão o gOzo. O Código Civil, à semelhança do direito clássico, só chama “servidão” aos direitos reais limitados entre dois prédios, e não cogita, em geral, das servidões chamadas pessoais. Às servidões distinguem-se das locações de partes divisas dos prédios em que essas não são direitos reais, e aquelas, sim.

A disciplina jurídica das servidões é, quase tOda, oriunda do direito romano. O Código Civil tratou à parte o usufruto, o uso e a habitação,

que seriam as servidões ditas pessoais.

A servidão é parte integrante do prédio dominante; somente se transmite com êle; e com êle se grava *(e. g.,* a hipoteca do prédio dominante abrangea , se não foi excluída, O. STRECKER, em O. PLANCK, *Kommentar, IN,* 4□8 ed., 566).

A servidão tem o limite do seu fim e da sua duração. Pode prever-se que, derrubando-se a casa e construindo-se edifício de muitos andares, a servidão se extinga. É implícito que se extinga com se tornar absolutamente inútil.

As servidões são direitos objetivamente reais (Realrechte), no sentido de direitos reais que não pertencem a determinada pessoa, como o usufruto, o uso, a habitação, a hipoteca, a anticrese e o penhor, e, sim, a quem, no momento, seja o dono do imóvel, como *um* dos sujeitos ativos possíveis, o imediato.

As servidões vêm do mais antigo direito romano, como algo que se tirava ao uso. TOdas eram prediais e o conceito de servidões pessoais, que de modo nenhum são servidões, é pós-clássico. O Código Civil evitou manter a dicotomia, a despeito de resquícios de forma que ainda aludem a servidões "prediais", como se houvesse servidões que o não fOssem. Nas servidões, há dois prédios, pelo menos, que se contactam, j uridicamente: o dominante e o serviente. Pode-se pensar em servidão de dois ou mais prédios sobre outro, com ou sem multiplicidade de servidões. Transferindo-se a propriedade de qualquer dos fundos, o direito de servidão continua íntegro, porque há direito real: com a mudança dos titulares do prédio dominante e do prédio serviente opera-se exatamente o que se prevê com a construção da servidão como direito real. Daí o *principio da durabilidade do conteudo:* para haver servidão, é preciso que a vantagem em tê-la seja duradoura. Não se conceberia servidão para que só a determinada pessoa fOsse útil. Quanto ao contacto, superou-se, no próprio direito romano, a exigência de serem vizinhos os prédios: passou a bastar o serem em situações tais que o dono de um possa servir-se do outro.

2.CONCEPÇÃO E ELEMENTOS DO CONCEITO. No sistema jurídico brasileiro, afastou-se a dicotomia servidões "prediais" e servidões "pessoais". Compreende-se que tal acontecesse. O usufruto conseguiu sistemática própria, tanto mais quanto teve de manter as suas raízes no direito de família e no direito das sucessões. Bem assim, o uso e a habitação.

.~No conceito de servidão, *servitus,* está explícito que o prédio serve, que se presta, com êle, serviço. Do lado ativo, há poder de servir-se do prédio, nos estritos limites da espécie de servidão, como se a servidão é de caminho, de luz, de vista, de água. Tudo se concebia como direito sobre coisa alheia, *jus in re aliena,* o quer punha em evidência haver, ao lado dos elementos objetivos do *praedium dominans* e do *prasdium serviens* (prédio dominante e prédio serviente), o elemento subjetivo da alienidade da coisa, do pertencer a outrem a coisa que serve. Teremos ensejo de ver como se pôde e se teve de admitir, devido a circunstâncias, que se eliminasse a exigência de tal elemento.

A servidão fOra concebida como perpétua, porque, ainda que se tivesse como necessário o elemento subjetito da alienidade, se atendia a que essa persiste enquanto, na sucessão dos proprietários do prédio serviente, se satisfaz o requisito de se tratar de *outro* prédio. Por outro lado, a titularidade do direito, das pretensões e das ações toca a quem seja, no momento, o proprietário do prédio. Teremos ensejo de ver que se corrigiu o primitivo empirismo da ligação entre prédios de diferentes donos, superada, também, a época em que a mentalidade posterior lançou como principio a *priori* que seria automática a extinção da servidão ocorrendo tornar-se titular do direito de propriedade sobre o prédio dominante, ou sobre o prédio serviente, o dono do outro prédio.

O auto-regramento, a autonomia da vontade, que encontra campo livre no tocante às obrigações, não pode criar direitos reais limitados fora do número deles, tal como a vida mesma os sugeriu. Não seria sem inconvenientes deixar-se a líbito dos declarantes de vontade retirar elementos do exercício do domínio para servir a outros direitos reais além daqueles que a lei enumerou. Por outro lado, a servidão a favor de determinada pessoa perderia a permanência, que a caracteriza. A *causa perpetua* deixou de ser pressuposto.

Na Itália, procurou-se construir a servidão à vantagem de determinada pessoa, portanto sem os elementos fáticos dos dois prédios pelo menos. Até aí foi o Projeto da Comissão real (art. 267), mas seria ir-se contra a tradição e exigências de sistemática jurídica, razão por que foi riscada tão audaz e inútil inovação (sobre isso, C. ScuTo, *Deile ServiUz prediali,* 57; L. BARASSI, 1 *Diritti reali limitati,* 105).

3.PRESUNÇÃO DE INEXISTÉNCIA DE SERVIDÕES. Servidão não se presume; presume-se que ao domínio nada se restringiu para se compor qualquer direito real. Tem-se de dar a constituição da servidão, isto é, tem de entrar no mundo jurídico o suporte fático, a

que corresponda o fato jurídico da servidão; e tem-

-se de provar tal constituição. Quem entende ter servidão tem de alegá-lo e prová-lo (Código Civil, art. 696: "A servidão não se presume"). A regra jurídica de que a servidão não se presume é simétrica à presunção da liberdade do domínio: o domínio presume-se sem *restrições,* isto é, não haver direito real limitado, que o grave, nem qualquer restrição que importe em estar cerceado o exercício do direito de propriedade. Tanto *é* de presumir-se não haver servidão como haver enfiteuse, usufruto, uso, ou habitação, ou hipoteca, ou anticrese, ou cláusula de inalienabilidade, de incomunicabilidade, ou outra qualquer cláusula de tal porte.

§ 2.195. Estendo no tempo

1.EXTENSÃO DA SERVIDÃO E SEUS LIMITES. No tempo, as servidões podem ter extensão ilimitada: o que se atribuiu atribuiu-se para sempre. O proprietário do prédio sabe que, se nada ocorre que extinga a servidão, o prédio tem de ficar, por todo o tempo, com o" gravame, sem a felpa de direito, que se lhe arrancou.

Cresce de ponto, por isso mesmo, a necessidade de se lhe *restringir* o *conteúdo.* Não é a lei que a limita; é o negócio jurídico que a restringe, se bem que possam surgir espécies em que a lei mesma estabelece conteúdo.

Ainda em tais circunstâncias, é de restrição que se há de falar, por ser dispositiva a regra jurídica, ou por se ter empregado o conceito tal como êle se concebeu para os negócios jurídicos constitutivos, entre vivos ou a causa de morte. Não há aproveitamento total do prédio, como no usufruto; o que se aproveita é menos do que o *usus* e o .*fructus* do usufruto, menos, com maior razão, do que o que aproveita ao enfiteuta. Restringe-se o conteúdo do direito de propriedade, no que pode *servir* a outrem.

2.DuRAÇÃO. A perpetuidade, a *perpetua causa,* não é mais requisito indispensável das servidões. O fim, a que o art. 695 se refere, pode ser duradouro, sem ser perpétuo. Não há medida preestabelecida, *a priori,* de duração. A utilização do fundo dominante pode ser passageira, como se a utilidade da servidão é enquanto se precisa de passagem até se ultimar a exploração de pedreira ou de mina. A servidão não tem de durar o que o prédio dure. Mas a vantagem passageira não justificaria que se constituísse servidão. A afirmação de poder não ser

perpétua a servidão não importa em se dizer que se admita nem que se não admita condição suspensiva, ou resolutiva, ou termo inicial ou final (Cf. PAPINIANO, L. 4, D., *de servitutibus,* 8, 1): "Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione neque ad certam condicionem (verbi gratia

"quajidiu volam") constitui possunt". O fim, que lhe é intrínseco, é que a faz *ad tempus* ou *ad certam condicionem;* mas aí não há determinação mexa à declaração de vontade que a constituiu. Tudo se passa no mundo fático.

A determinação mexa (condição ou termo) admite-se no direito brasileiro, porque não se tem a regra jurídica da L. 4, D., *de servitutibus,* 8, 1. Tal proibição foi superada.

Ésse é um dos pontos que merecem maior atenção. Assim como à exigência da perpetuidade se substituiu à da durabilidade e à exigência de serem pertencentes a dois donos, pelo menos, os dois prédios, a de existirem dois prédios, o dominante e o serviente, à regra jurídica, excepcional, da impossibilidade de se apor determinação mexa (condição, termo) substituiu-se a de se ter de atender ao fim da servidão e ao que foi acordo entre os interessados ou pelo interessado levado a registro. O assunto terá de ser tratado mais de espaço e à medida que os problemas se apresentem.

§ 2.196. Elementos da servidão

1.PRÉDIO DOMINANTE E PRÉDIO SERVIENTE. Todas as servidões pressupõem prédio *dominante* e prédio *serviente:*

"Impõe-se a servidão predial a um prédio em favor de outro, pertencente a diverso dono. Por êle, perde o proprietário do prédio serviente o exercício de algum de seus poderes dominicais, ou fica obrigado a tolerar que dele se utilize, para certo fim, o dono do prédio dominante", O texto é incompleto, porque, uma vez "transcrita" (art. 708; aliás, inscrita, Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 178, a, X, salvo em caso de sentença de usucapião, art. 178, *b),* IX), a servidão só se extingue, quanto a terceiro, quando *cancelada,* e o art. 710, 1, tem de ser entendido em combinação com o art. 291 do Decreto n. 4.857: "O dono do prédio serviente terá direito a cancelar a servidão, nos casos dos arts. 709 e 710 do Código Civil". Assim, já se põe de lado, em parte, a antiqualha do *Nernini res sua servit.*

O* *principio da tipicidade das servidões* foi posto de lado pelo direito moderno. Não é preciso que a servidão caiba numa das espécies previstas pelos textos, que se referiam às servidões típicas. Nem as classificações das servidões têm hoje a importância que tinham. Algumas perderam qualquer utilidade. Quanto ao valor da serventia também se operou mudança, se bem que não seja verdadeira a afirmação de que o direito romano exigia haver vantagem pecuniária, e não só comodidade *(e.* g., A. DE LEYSER, *Meditationes ad Pandectas,* m.

XII, 438 s.; W. X. A. voN KIEITrMÂYR, *Ánmerkungen ilber den* Codicem Maximilianum Bavaricum civilem, II, 650). O que é preciso é que a utilidade não seja pessoal (= somente para o dono atual do prédio dominante).

Desde que haja vantagem para quaisquer donos, hoje ou mais tarde, ou a começar de algum tempo, a serventia interessa ao prédio mesmo, transcende à pessoa do dono do prédio dominante "neste" momento. A vantagem pode estar no lugar, no material ou no espaço aéreo para fabricação.

2.TITULARIDADE Titular do direito de servidão é o proprietário do prédio dominante, a cada momento.

Prédio não é titular de direitos, nem de deveres; as expressões "fundo servitus adquiritur" (L. 12, D., *de servitutibus,* 8, 1) e "sententia praedio datur" (L. 30, § 7, D., *de negotiis geMi.,,* 8, 5) não devem ser tidas como técnicas, nem construtivas, mesmo porque, sem a formalidade contemporânea do registro de imóveis, a relinião dos fundos na mesma pessoa pode operar a extinção da servidão, por confusão. Cumpre não se confundirem o titular da *posse de servidão* e o titular da *servidão ,* que, se aparente essa, podem ser distintos.

A servidão não pode ser a favor de todos os prédios da rua, ou do bairro; seriam tantas servidões quantos os prédios. Nem a favor de parte *indivisa* ou *ideal* do imóvel nem a favor de parte real, se bem que, em verdade, possa ser apenas vantagem para parte do fundo e ser divisível ou para uma só parte o exercício (sem razão, C.

CROME, Systern, IN, 492 s.; também O. STRECKER, em G. PLANCK, *Kommentar,* IN, 4.~ ed., 564).

Todavia, tratando-se de edifício de apartamentos, a servidão pode ser a favor só de um deles, ou de alguns.

No Código Civil, art. 707, que teremos de analisar oportunamente, alude-se à aplicação das servidões só a certa parte de um prédio, quer dominante quer serviente *(verbis* "só se aplicarem a certa parte de um, ou de outro").

De modo nenhum se cogita, ai, de atribuição subjetiva (ativa ou passiva) das servidões: só se prevêem as espécies em que, objetivamente, a servidão só aproveita a parte do prédio dominante ou a parte do prédio serviente. O art. 707, supondo ter de haver divisão do prédio, estabelece que se atenda a êsse *fato* de grande importância prática, que é o da restrição da servidão a certa parte do prédio dominante ou do prédio dominante.

Quanto à titularidade, nada se estatuíu: titular do direito de servidão que só aproveita (fácticamente) *parte* (material) do prédio é o dono de todo o prédio; se a servidão só atinge (fâcticamente) parte (material) do prédio serviente, o paciente do direito de servidão é o dono do prédio serviente. Se entre a parte (material) e a titularidade vem a haver concidência , a lei atém-se aos fatos e impõe que se respeitem os fatos.

A servidão também pode ser só a favor da enfiteuse, ou do usufruto, ou só da mina, como propriedade separada do solo.

Se o prédio dominante é condomínio, titulares da servidão são *todos* os condôminos (cf. art. 707). Se o prédio dominante passa a herdeiros, ou legatários do dono, em beneficio de todos é a servidão, sem caracterização de parte indivisa; se é ao dono do prédio serviente que sucedem herdeiros ou legatários, a servidão continua a gravar todo o prédio.

Quando se diz que a servidão é direito a que ao prédio outro prédio *sirva,* emprega-se elipse, não sem perigos, em vez de "direito de quem é ou venha a ser o dono do prédio a que o dono ou quem venha a ser dono do outra prédio tolere ato ou atos daquele ou se abstenha de certo ato ou de certos atos". Não há relação jurídica entre prédios.. Prédios não poderiam ser sujeitos, e cometem grave erro os que lêem os textos "praedium praedio servit", "praediorum iura", "praediorum servitutes", "aedificia quae servitutem patiantur", como se aludissem a relação jurídica.

Tão-pouco, a servidão é entre o dono do prédio dominante, agora, e o dono do prédio serviente, agora: a servidão estende-se no tempo, a solução jurídica real que tem por objeto o *pati* ou o *non facere* é entre sujeitos totais de direito, ativo e passivo:

quem quer que seja o dono do prédio, ou o enfiteuta, ou o usufrutuário, ou o usuário, ou o habitador, tem direito contra quem quer que seja o dono do prédio, ou o enfiteuta, ou o usufrutuário, ou o usuário, ou o habitador do prédio serviente:

Se o prédio dominante fica sem dono, *nuilius,* sem dono fica, *nuilius,* o direito real de servidão; se sem dono, *nuilius,* fica o prédio serviente, a servidão recai sobre prédio *nuilius.*

3. PARTE DE PRÉDIO E SERVIDÃO. Pode ser prédio serviente o prédio *singular,* ou a *parte real* do prédio.

Não se pode ter servidão sobre parte ideal de prédio. Quando só parte real do prédio é sujeita *à* servidão, dá-se restrição no seu conteúdo, porém não necessAriamente no gravame: o prédio todo é que é gravado, pOsto que a servidão somente recaia na parte real; ou ser gravada somente a parte divisa, por ser dividido o prédio. A indivisibilidade do prédio implica só haver restrição espacial quanto ao conteúdo da servidão. Se a servidão recai apenas na parte real, e não só como exercício, o art. 703 não pode ser invocado; nem o art. 707, 2A parte, *verbis* “continuam a gravar cada um dos (quinhões) do prédio serviente”, pois incide o final do art. 707, *verbis*

“só se aplicarem a certa parte”.

A servidão de dois ou mais prédios sobre outro, ou de um prédio sobre dois ou mais, ou de dois ou mais sobre dois ou mais, constrói-se como pluralidade de servidões. Há tantas servidões de igual conteúdo quantos os titulares e quanto os prédios servientes ou aqui fâcticamente partes reais servientes.

Se a servidão é através de dois ou mais prédios, cada prédio atravessado é prédio serviente, e há tantos direitos de servidão quantos os prédios. Não importa se dois, ou mais, ou todos os prédios servientes pertencem a diferentes donos, ou não . O prédio, como entidade objetiva, como *res, é* que importa. Não há servidão que tenha a estrutura A sobre BCD: a estrutura das servidões há de ser A sobre B, sobre C e sobre O, razão por que a servidão sobre C ou O se pode extinguir sem se extinguir sobre B.

A servidão pode recair sobre a enfiteuse, ou na mina, como propriedade separada do solo. Bem assim sobre prédio público, respeitada a legislação de direito público.

4.PERTENÇAS E SERVIDÃO. A servidão nunca se estende à pertença do prédio serviente (J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 826; O. WARNEYER, *Kommentar, II,* 233). Se no ato constitutivo se disse que se tem servidão sobre campo de pastagem e sobre as tinas para bebida do gado, a servidão é só quanto àquela. Idem, quanto ao campo de tênis e utensílios.

5.PRÉDIO DOMINANTE E OBJETO DA SERVIDÃO . O prédio serviente não é objeto do direito de servidão. Mas a servidão e, pois, o direito de servidão é tal que, projetando-se do prédio dominante, atinge o prédio serviente. Não se pode dizer que o prédio dominante é estranho à relação jurídica da servidão; há *plus,* que o favorece; objetivamente, o direito referente ao prédio dominante aumenta-se como se aumentaria com o edifício que nele se construísse, com a diferença, porém, de ser direito êsse incremento. O direito de servidão é mais do que acessório do direito de domínio; é parte integrante dele . Não há, certamente, *extensão* do direito de propriedade do prédio dominante, porque há, ineliminàvelmente , dois direitos, o de domínio e o de servidão (sem razão, por exemplo, por pensar em extensão, O. MILANI, *Distinzioni deile Servitú prediali,* 32 s.

e 43 sj, e a servidão se insere na esfera do domínio. Não se trata de relação entre direitos, de modo que um seja principal e outro acessório; mas de duas coincidências: uma, objetiva, a de ser para a utilidade do prédio dominante, e sOmente dele, a servidão; outra, subjetiva, a de ser o mesmo o titular dos dois direitos. O conceito de acessoriedade de direitos é fraco; o de parte integrante, que concerne à *res,* impõe -se-nos.

Todavia, i,pode a servidão só se atribuir ao enfiteuta, como se a finalidade só interessa à exploração que o enfiteuta iniciou e há de cessar com a sua empresa, embora transmissível a seus sucessores a causa de morte ou entre vivos? Aqui, a desaparição , embora esperada, da servidão, não é resultante da musabilidade. A lei só atenderia à extinção pelo não-uso durante os dez anos de que fala o art. 710, IN. As servidões, a habitação e a renda imobiliária, constituídas a favor de quem seja proprietário do prédio, é parte integrante do objeto do domínio, corno o prédio mesmo (Tomo II, §~ 127, 11, e 130).

6. “VICINITAS”. Não é preciso que os prédios sejam vizinhos; o que é preciso é que só haja distância que permita a sujeição de um prédio ao outro. O principio **Praedia debent esse vicina.* foi repelido pelo direito comum e pelo Código Civil, a despeito das argumentações de J.

ROTILER (Beitrage zum Servitutenrecht, *Archiv f Ur die civilistisehe Praxis,* 87, 183 s.) nada obsta a que constitua servidão de pasto, a favor da minha fazenda, contra as terras distantes dela, situadas após outras fazendas; nem que possa ter servidão de ir buscar água em fonte de terreno que não é vizinho do meu. A vizinhança dos prédios não é mais elemento necessário ao suporte fático das servidões.

A regra * *Praedia debent esse vicirta* foi tirada de PAULO, na L. 38, D., *de seruitutibus praediorurn urbanorum,* 8, 2, e na L. 39, onde disse que, se as minhas casas distam das tuas tanto que não se podem ver, ou um monte intermédio lhes tira a vista, servidão não se pode impor, porque (e aqui entra assunto diverso que nos parece interpolação) é preciso que tanto o outorgante como o outorgado tenham os edifícios à vista um do outro, de modo que possa um prejudicar o outro ("Si aedes ineae a tuis aedibus tantum distent, ut prospici non possint, aut medius mons earum conspectum auferat, servitus imponi non potest"; ..... nisi et is qui cedit et is cul ceditur in conspectu habeant ea aedificia, ita ut officere alterum alteri possit"). Na L. 7, § 1, O., *de servitutibus praediorum rusticorum,* 8, 3, a propósito de servidão de passagem, PAULO insistiu que "in rusticis praediis impedit servitutem medium praedium, quod non servit". O que PAULO escreveu, nos três fragmentos, estava certo; a regra que se extraiu é que foi e é falsa. O que se exige é que o prédio desfavorecido esteja em relação objetiva tal com o prédio favorecido que êsse possa obter a vantagem (cf. L. 6, pr., e L. 7, § 1, O., *communia praediorum tam urba„norum quam rusticorum,* 8, 4). A palavra "vicinum", na L. 5, 1, O., *1*

de

servitutib"*us praediontm rusticorum,* 8, 3, não destoa do que se disse nos outros fragmentos: vizinho nilo é só o contíguo (TH. M. ZACHARIA, Wissenschaftliche Entwicklung der Lehre des rõmischen Rechts von den dinglichen Servituten, *Civilistische Magazin* de HuaO, II, 834; H. O. WITTICH, *Entwurf eines einfachen Systems des heutigen Civilrechts,* II, 47 s.; 2RUDOLF EINERS, *Die rômieche Servitutenleh,re,* 166 s.; H.

DERNBURG, *Pandekten, ~, 73* ed., 577, que vê evolução que superou a exigência romana antiga da *vicinitas;* EMIL HOFFMANN, *Die Lehre von den Servituteu,* 45); devemos ler atingível pela vantagem alheia onde se escreve vizinho (sem razão, JosxF KOHLER, Beitrãge zum Servitutenrecht, *Archiv flir die civilistische Pra-*.

xis, 87, 188).

7. "UTILITAS". A servidão tem de ser *útil* ao prédio dominante. Há de

ser imposta a um prédio, "em favor de outro", *praedio utilis* (art. 695) ; o prédio serviente "perde" algo. É a vantagem, o proveito, a utilidade, que ao outro se confere. Sem isso, não há servidão. Tal o *principio da exigência de utilidade,* de que adiante se falará, mais de espaço. A vantagem é, de regra, econOmica; sempre, privatística: o interesse público não é conteúdo de servidão (O. GÚTHE, *Die Grundbuchordnung,* Sa ed., II, 1689 5.; CH. MEISNER, *DOS Zfl Bayern geltende Nachbarrecht,* 23 ed., 288; O. STRECKER, em O. PLANCK, *Komniient ar,* IN, 43 ed., 572; sem razão, J.

BIERMANN, *Pestschrift flir* O. OIERKE, 89 s.). A vantagem não precisa ser reduzível a dinheiro; pode ser simples deleite, ou comodidade de requinte, ou interesse estético (J. BIERMANN, *Sa,chcnrecht,* 328; O.

STRECKER, em O. PLANCK, *Kommentar,* IN, 572), ou higiênico, ou arquitetônico, ou de uniformidade da rua (servidão de só construir prédio idêntico ao prédio dominante). Tem de ser utilidade para o prédio dominante e, pois, para o seu dono de hoje ou de amanhã; não pode ser utilidade somente para o dono de agora, que é perfumista, ou que tem alergia pela côr azul, ou que tem filha doente que precisa de banhos de sol. Em tais casos, pode ocorrer vínculo pessoal, de direito das obrigações. Tão-pouco, pode ser servidão o que só interesse à indústria do possuidor do prédio, ou do dono desse momento. Se o prédio foi construído para padaria, a servidão de não se construir outra, ao lado, é admissível.

A utilidade há de ser para o dono do prédio dominante, a cada momento; não pode ser para outrem, inclusive o possuidor do prédio. Decide-se segundo a natureza do prédio e a sua destinação objetiva se a servidão lhe é útil, ou não; porém não é de exigir-se que a vantagem, que a servidão importa, vá a qualquer possuidor ou dono momentâneo do prédio dominante. É preciso, outrossim, que a vantagem possa provir e provenha do prédio serviente.

Tem-se, portanto: *a)* que a utilidade há de ser atribuível ao prédio (= a qualquer pessoa que seja ou venha a ser dono do prédio), porque se cogita de direito real e se acentua que a vantagem há de ser para o prédio; *b)* que o não precisar o dono do momento da utilidade, que se teve por fito com a constituição da servidão, de modo nenhum afasta que seja atribuível a qualquer pessoa que venha a ser dono do prédio a utilidade *(acontece* que a êsse dono não importa a utilidade, o que pode dar ensejo a não-uso e, em conseqüência , a eventual perda do direito de servidão, cf. Código Civil, art. 710, IN).

Não basta que a utilidade seja ocasional *(e. g.,* porque o prédio

dominante pertence, *hoje,* a peleteiro, que precisa da tubaria para a refrigeração do prédio vizinho, com indústria de frigorífico) ; se bem que a vantagem não precise ser perpétua (exigência da *causa perpetua).* A servidão pode ser de tirar pedra, que se esgote e se sabe que se vai esgotar.

A servidão sem vantagem, ou já sem vantagem, é inadmissível . O registro é inexato, por faltar pressuposto legal; o negócio jurídico, de que resultou, nulo, por falta de objeto possível (art. 145, II, 23 parte). Tem de ser retificado o registro, o que, se sobreveio a inutilidade, não pode ser de ofício, por despacho do juiz. Trataremos do assunto.

O cancelamento do registro da servidão que teve, de inicio, ou pode ter, se *de futuro,* utilidade, depende de exercício da pretensão à tutela jurídica, segundo os arts. 709 e 710 do Código Civil. Se, ao ser constituída a serVidão, já se caracterizava que não seria útil, nem poderia ser, há a impossibilidade a que se refere o art. 145, 11,23 parte, do Código Civil.

Também pode ocorrer que a utilidade seja ilícita e tenha de incidir o art. 145, II, 1.~ parte.

A servidão é inadmissível, no excesso inútil, razão por que se há de acolher o pedido de retificação.

A vantagem tem de ser vantagem duradoura para o outro prédio, e não ocasional, ou pessoal. Na L. 8, O., *de servitutibus,* 8, 1, PAULO feriu o ponto: não se pode impor servidão para que se permita colher fruta, passear ou criar em prédio alheio ("tlt pomum decerpere liceat et ut spatiari et ut cenare in alieno possimus, servitus imponi non potest"). Se A, dono de um prédio à beira mar, costuma entrar na água pelo prédio de E, cuja praia é mais plana, não pode pretender servidão para isso, que sé a êle diz respeito; mas, *se* o prédio de A não tem praia e sem acesso a ela menor seria o valor do prédio, por se tratar, por exemplo, de bairro em que o valor dos prédios depende de praia particular, pode constituir-se servidão. No

tocante ao próprio passear, a que se referia PAULO, as circunstâncias podem tornar constituivel a servidão, como se é indispensável a sanatório ou a hotel o passeio pelas ruas particulares, ou pelo bosque. Também pode vir a ser servidão o poder passarinhar, se não é ato ilícito absoluto, e o valor do prédio favorecido cresce com isso. Ainda quanto à servidão *ut cenare,* que PAULO tinha por inconstituível, há circunstâncias que a sugerem; *e. g.,* se o prédio vizinho tem cobertura em que se possam colocar mesas e as refeições possam ser ao ar livre,

valorizando o outro prédio, que não a tem. O que melhora a habitabilidade vantagem é para o prédio (CARXAI) FADDA, *Servitil,* 79). A melhor vista é apenas exemplo.

A destinação do prédio, industrial, comercial, desportiva, ou outra, pode determinar a *utilitas.* Não é sempre o prédio em si que a determina.

Na apreciação das espécies, para se saber se é constituível, ou não, a servidão, o que importa é saber-se se o prédio mesmo *ganha* com ela. A destinação do prédio por vêzes determina utilidade e, não raro, necessidade material da servidão. Aqui, tem o juiz ou o intérprete de verificar se houve destinação do uso (prédio que poderia ser lançado para qualquer ramo de negócio e o foi para farmácia ou para casa de modas, fazendo-se as adaptações) ou do prédio (prédio que se torna próprio somente ou principalmente para os ramos a, *b* ou o de negócios, ou só para os ramos *a* e *b,* ou só para o ramo *a).*

Se há servidão e. g., a *servitus àltius nau toilendi* e algum fato ocorre que a torne inútil, a servidão extingue-se. Se tal fato (a construção de edifício mais alto entre o prédio dominante e o prédio serviente, se a servidão é de luz) precede à constituição da servidão, não pode essa constituir-se.

O critério do incremento do valor do prédio dominante auxilia a solverem-se questões, mas é insuficiente, porque a causa do incremento pode não ser a *utilitas;* e a *uttlit,as* pode existir sem aumento do preço do prédio dominante.

A servidão tem de ser útil ao prédio dominante (= aos proprietários, enfiteutas, usufrutuários e usuários do prédio dominante). Não precisa ser *necessária.* Nem o sentido de útil se restringe àquele com que se distinguem, por exemplo, benfeitorias úteis e benfeitorias voluptuárias. O conteúdo da servidão pode ser voluptuário, desde que aumente o valor do prédio ou a sua utilização. Ao lado das servidões com fins industriais, inclusive agrícolas, ou para uso industrial do prédio, ou com fins comerciais, ou para uso comercial do prédio, estão as servidões para deleite, desde que isso se converta em utilidade do prédio ou provenha de utilidade do prédio. São servidões *amoenita.tis causa.*

A constituição da servidão pode anteceder à sua realização. Então, ao direito real falta, apenas, a eficácia, que lhe advém, por exemplo, da construção projetada, ou da utilização industrial prevista. O direito real não está em suspenso; apenas a eficácia é no futuro, quando as

circunstâncias permitirem o uso da servidão, isto é, o exercício do direito real. Muitas vêzes o aproveitamento do prédio depende de se ter constituído a servidão *de futuro.* O próprio PAULO (L. 6, pr., O., *de servitutibus praediorum rusticorum,* 8, 3) pensara em servidões para se retirar material de construção. O que não se há de admitir é a servidão *de emprésa,* a servidão para utilidade de empreendimento tão passageiro, que não se insira no imóvel o valor incrementado pela servidão (demasiado longe foi CARLO GntOLA, *Le .Servitú prediali pubbliche,* 121), sem que se elimine a possibilidade de constituir-se a servidão que, por seu conteúdo, haja de cessar com a empresa. Escusado é advertir-se que se pensa em prédio de que dona ou enfiteuta é a empresa. A despeito do texto de PAULO *(L.* 8, O., *de servitutibus,* 8, 1, *verbis* "Ut pomum decerpere liceat", é constituível a servidão de colhêr frutas silvestres ou resinas ou madeiras se o prédio dominante se destina à industrialização de tais produtos e a utilização nflo é pessoal (aproximadamente, mas sem precisão, A. BurrERA, DeIle Servitú stabilite per fatto dell"uomo, *II Diritto civile italiano* a cura di P. FIORE, 140 s.).

Discute-se se pacto de não-concorrência, no qual o vizinho se obriga a não comerciar com o mesmo ramo de negócio no lugar, ou a não ter a mesma indústria, pode dar ensejo a servidão. Afirmativamente, L. COvIELLO

(Le Servitft pred4aU, 53 s.), A. BIITERA (Delie Servitú stabilite per fatto dell"uomo, *II Diritto C"ivile italiano,* V, 149 s.) ; negativamente, P. BONFANTE *(Scritti giuridici vari,* IN, 355 s.) e L. BARASSI *(1 Dintti reali limitaM,* 142 s.). A questão não é diferente das outras que o aproveitamento industrial ou comercia.l suscita.

Apenas, se o interesse é só o de não-concorrência, dificilmente se torna *qualitas fundi* a imposição. Já ULPIANO (L. 13, pr., O., *commun2a praedioruni tam urbanorum quam rusticorurn,* 8, 4) figurara o caso de proprietário que havia exigido do proprietário de outro prédio não pescar atum em frente; mas apenas afastou que se pudesse tratar de servidão porque no mar não se impõe servidão, sendo. como é, usado por todos (quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest). A servidão *in non faciendo* pode ser constituída se há "fundiarização" da empresa, isto é, se a vantagem é fundiária, devido à destinação duradoura do imóvel. Mas a espécie é rara.

O que importa é saber-se se a vantagem é *somente* para a pessoa ou se é *também* ou *somente* para o prédio.

Quando é para o prédio, ainda que haja *plus,* para a pessoa, em relação a vantagem do prédio, a vantagem é para o titular da propriedade do prédio dominante, *hoje* e *amanhã,* portanto para O dono de agora e para o dono mais tarde.

Se a serventia não tem utilidade para o prédio (= não tem utilidade para quem quer que venha a ser dono, enfiteuta, usufrutuário, usuário, ou habitador), não há servidão: a relação jurídica entre o outorgante e o outorgado é só pessoal (E.CHH. WEsTPI{AL, *Interpretatiofles juris civilis de libertate et servitutibus praediorum acti-s ordine Digestae,* 376). Às vezes, pode-se ou tem-se de conceber e classificar como usufruto.

uso, ou habitação, se os pressupostos se compõem. Se a utilidade é só para a pessoa que coincide ser no momento o dono do prédio que teria a vantagem, não há servidão. Idem, se raras seriam as pessoas que teriam, no futuro, interesse. Foram esses os direitos (pessoais) a que se chamou *servidões irregulares,* termo impróprio, porque, para que se tratasse de servidões irregulares, seria preciso que fossem servidões. Não fora mais feliz o nome de servidões anômalas *(e. g.,* J. PH. SLEVOGT). Sobre as chamadas servidões irregulares, E. voN UnE

(Servitutes regulares und *irregulares, Nenes Magazin fúr Rechtsunsssenschaft uni? Gesetzgebung,* IN, 495 s.), EX 5. ZACILARIAE VON LINGENTRAL (tber die sogenannten irregulúre Personalservituten, *Ãrchiv flir die civilistische Praxis,* 27, 1-56). F. SERAFINI, em nota à tradução italiana de Cua. Eu. VON GLtICK (VII, 15), fala de servidão inominada, o que é outra coisa, conforme a Glosa *Computanda à* L. 1, D., *de servitutibue pra.ediorum rusticorum,* 8, 3: "innominata servitus". Os nomes, que se empregaram para as chamadas irregulares, eram outros: *servitutes ignomirtes, servitutes anomalas, servitutes irregulares.* HÁRTOLO DE

SAxOFERRATO (contra Azio e RooÉiuo), U. ZAstus e outros pós-glosadores não tinham mais qualquer dúvida: não se trata de servidão. "Non est servitus realis", proclamava HÁRTOLO DE SAXOFERRATO, "sed personalis obligatio". "lus obligationis", e não "ins servitutis", conclui BALDO DE UBALDIS, comentando a L. 4, D., *de servitutibus praediorum rusticorum* 8. 8. BÂRTOLO DE SAxOFERRATO examinou a controvérsia que havia entre os glosadores, mas reconhecia que a opinião preponderante era a que não via servidões nas chamadas servidões irregulares ("Ego teneo Glossae, quod non sit servitus"). CRR. FR. VON

GLÍICI(*(Áusfiihrliche Erlauterung der Pandekten* IX, 19 s.) tentou tornar servidões esses direitos, mas sem razão (5. L. B. COCCEJUS, *lus civile*

controversum, 1, 440).

§ 2.197. Servidão “de futuro”

1.CONCEITO DE SERVIDÃO “DE FUTURO”. A servidão & *futuro* não é servidão -a condição suspensiva.

O direito real já exsurgiu. A discussão em tôrno de ser, isso, possível partia de confusão de tal servidão com a servidão “condicional”, que o direito romano repelira, explicitamente, e ao direito brasileiro em princípio não repugna.

Nos textos, a L. 1, § 1, D., *communia praediorum Iam urbanorum quam rusticor~um,* 8, 4, depois de se falar dos edifícios em prédios rústicos em que pode haver servidão urbana, diz que as servidões antes de se construírem os prédios são prediais, porque não se podem constituir sem prédio (“Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt”). Não se pode interpretar a L. 1, § 1, sem se fazer dependente da primeira a segunda proposição~ embora (e assim que se há- de ler) ainda não exista o edifício a servidão é dita predial, porque prédio já existe; se não existisse, não se poderia cogitar de servidão. O

Super! ides solo redit estava presente (Tomo XI, § 1.206).

Na L. 98, pr., D., *de verbo rum obligationibus,* 45, 1, MARCÃO somente fala de estipulação, isto é, de alguém se obrigar por passagem (não servidão) em prédio alheio, nascendo, depois da aquisição do prédio, a servidão.

De tal texto nada se pode tirar para se solver a questão.

Quando se constitui a servidão de passagem (por exemplo), porque se vai construir ou quando se construir no terreno, a servidão *já é* desde que se constitui. Não há suspensividade. Tratando-se de servidão que depende, em seu uso, da edificação futura, dá-se o mesmo; e aquele “sine praediis constitui non possunt”, que se lê na L.

1, § 1, D., *communia praediorum tom urbanorum quam r-usticorizm,* 8, 4, não é óbice a essa construção jurídica, porque prédio há. No caso da obrigação de prestar servidão em prédio alheio, não há, ainda, servidão, mas, se foi feito o registro, *e.* g., por constar como dono, no

registro do imóvel, o possuidor outorgante da servidão, a aquisição do prédio pelo obrigado eficaciza a constituição. Há a analogia com o art. 622 do Código Civil; e há a necessidade de se atender a que, hoje, as servidões, fora a espécie do art. 698, só se adquirem pelo registro.

A servidão pode ser constituída a favor de fundo onde ainda não há a edificação, ou o empreendimento, a que se vai destinar: desde o dia em que se regista constituída está; apenas se acordo a construção, para que se use, salvo se há duplicidade de uso (o uso antes e o uso posterior à edificação ou às instalações). No Código Civil italiano, meteu-se a alínea

a parte, do art. 1.029 (“ma in questo caso la costituzione non ha effetto se non 2~a, 2~

daí giorno in cui l‟edificio ê costruito o il fendo ê acquistato”) ; mas a regra jurídica também se refere a servidão a favor de prédio a adquirir-se, o que, no direito brasileiro, não é registável se o pretendente não consta, irregularmente, do registro.

Nada obsta a que o dono de prédio em região de águas minerais, por exemplo, obtenha servidão “de futuro” quanto ao aproveitamento de veios de água que possam ser descobertos. O exemplo é típico. Se for provada a impossibilidade de tal encontro, a servidão foi ineficazmente constituída; e pode ser averbada no registro a sentença que lhe declare a ineficácia. Não se trata de servidão por ato jurídico nulo; mas de servidão ineficazmente constituída. Absurdo não seria pensar-se em servidão sob condição; mas, aí, a servidão já é, se a possibilidade havia, ou se não a havia, O art. 145, 1, do Código Civil não pode ser invocado, porque a impossibilidade, aí, seria do ato de exercício, e não do negócio jurídico: não há impossibilidade em se prometer constituir servidão, ou em se constituir servidão de águas minerais. A afirmação da nulidade do contrato, por exemplo, porque se prometeu constituir servidão de águas minerais e no lugar não podem ser encontradas, seria falsa: poderia ser proposta, conforme as circunstâncias, a ação de anulabilidade por erro, ou dolo. À

constituição da servidão basta que possa ser objeto dela ou o *facere*. Não se mede o grau de probabilidade, nem, sequer, a sua possibilidade *in concreto,* pôsto que a impossibilidade desde o início seja causa de nulidade do acordo, ou da declaração unilateral de vontade.

Quando se pode realizar a vantagem futura começa de ser exercível o direito de servidão. O titular exerce-o se quer e quando queira. E como queira, se se mantém dentro dos termos do ato constitutivo Não há

dever de exercício.

2.PRÉDIO QUE AINDA Não É no OUTORGADO No direito brasileiro, para se adquirir servidão em favor de prédio que ainda não é do outorgado, nem o outorgado consta do registro, é de mister que se lance mão da promessa de constituir servidão, ou que se faça constar da mesma escritura de aquisição, ou de escritura à parte, a constituição pelo menos *no mesmo dia.* Não se tem a constituição de servidão a favor de prédio que ainda não se adquiriu, nem consta do registro como do outorgado. Faltaria um dos elementos fáticos para a relação jurídica de servidão: o prédio dominante. Não seria possível atribuir-se direito de servidão sobre prédio alheio a quem não tem o prédio dominante. Por maiores que fossem as sugestões a favor de tal figura anômala, que o Código Civil italiano acolheu (art. 1.029, alínea 2.¶ a parte: "É

1

arnmessa altresi a favore ... di un fondo da

acquistare"), não se justificaria inserir-se no direito brasileiro, disfarçando a servidão *pessoal.*

No direito brasileiro, não há propriedade do edifício distinta da propriedade do prédio. Não é ao dono do edifício que se outorga o direito de servidão, é ao dono do prédio, de que o edifício se fêz ou se fará parte integrante. Se foi constituída a servidão para os dez andares, ou os vinte apartamentos do prédio que se vai constituir no terreno, segundo o projeto a que se alude no ato constitutivo da servidão, ainda que se não mencione o número de andares ou apartamentos, pode registar-se. Tal servidão recai no prédio serviente e a favor do prédio dominante, *desde já.* Ao ultimar-se à construção e proceder-se àtransferência da propriedade dos apartamentos ou *à* simples independentização deles, que passam a ser coisas distintas, a servidão continua a ser do prédio, já em comunhão *pro divisa:*

portanto, de cada quota a que corresponde cada andar ou apartamento . Se foi pré-excluído ou se foram pré-

excluídos alguns andares ou apartamentos, servidão somente há a favor da quota que corresponda aos não-excluídos. Tudo se pode resolver segundo os princípios, sem se precisar de distinguir a propriedade do terreno e a propriedade do edifício. Não se tem, no direito brasileiro, a servidão a favor do edifício como tal, ainda que se

trate, por exemplo, de servidão *tigni immitten.di.*

3.ANDARES E APARTAMENTOS. A servidão de *futuro* pode ser a favor dos andares ou apartamentos, ou alguns deles, ou a favor do terreno todo, isto é, da comunhão. Então, não há a servidão a favor do andar ou do apartamento, a que corres- -ponde quota no terreno; mas sim a favor do terreno todo. Essa pode persistir após a construção, ou a reforma ou a reconstrução do edifício, *sem se dividir.*

4.EDIFÍCIO A CONSTRUIR-SE. As servidões que só se podem exercer quando feito o edifício, ou concluída qualquer instalação, ou só então se podem exercer completamente, são servidões *de futuro,* que recaem em prédio a favor de outro prédio, não de edifício. São servidões a favor de proprietário do prédio embora só exercíveis quando ao prédio se una a parte integrante (edifício, instalação, ilha, ponte, trapiche). O inverso também ocorre quando se prevê que a obra (ou a aquisição de outra parte integrante) seja pelo prédio serviente: a servidão de uso da ponte que no prédio serviente se vai construir é registável, porque já existem os dois prédios e o outorgante e o outorgado são os dois proprietários; o exercício é que somente será possível quando se fizer a ponte.

Quanto às servidões *de futuro* a favor de edifícios que se vão construir, o exercício é *à* medida que se vai tornando necessário ou útil. Por exemplo: na servidão de vista, as janelas vão sendo abertas ao se alcançar o lugar em que devam ficar e o dono do prédio serviente tem de afastar, na mesma medida, o que no seu prédio seja infração ao seu dever.

5.NATUREZA DA SERVIDÃO “DE FUTURO”. Discute-se se a servidão *de futuro,* tratando-se de prédio em que se vai constituir, ou de prédio que se vai adquirir, já é direito real. Superficiais exames do assunto levaram alguns juristas a confundir a servidão *de futuro* com a promessa de constituir servidão, que teria, certamente, de ficar no plano do direito das obrigações, ou a cogitar de simples direito formativo gerador, o que nem sempre sabem conceituar. A servidão *de futuro* porque ainda não se realizou o que criaria a necessidade ou utilidade dela, ou porque ainda não se realizou completamente (servidão *de futuro,* a conteúdo folheado), já é servidão: não se pode pensar, sem contradição *in terminis,* em servidão não-real. O que se retarda é o efeito ou o efeito completo. Não se precisa, ao realizar-se o que opera como *condicio inris,* de qualquer ato do proprietário do

prédio serviente *(e.* g., ato de constituição), nem de qualquer ato do proprietário do prédio dominante, o que aconteceria se se tratasse de direito formativo gerador. Já existe a servidão, já se constituiu com o registro. Não há recorrer-se, sequer, à figura do direito expectativo, porque não há condição. nem termo.

Se foi registada servidão *de futuro* a favor de quem não era proprietário do prédio dominante, a aquisição do prédio pelo outorgante eficaciza o negócio jurídico. Quanto aos efeitos da servidão *de futuro,* são a favor do outorgado que tem posse. Não há, no direito brasileiro, as questões, que surgem no direito italiano, por ter admitido servidão a favor de futuro adquirente de prédio, o que se choca com o *principio da fundiariedade da servidão.* Se o outorgante consta do registro, como proprietário do prédio dominante, compreende-se. Não assim, se não consta:

seria irregistável o negócio jurídico da constituição de servidão. Se a servidão é aparente, pode adquirir-se pelo uso (art. 698) ; mas, durante êsse tempo, o *exerci cio* foi por parte do dono do prédio dominante *contra* o dono do prédio serviente (ainda

se êsse não tinha a posse). Ou o dono do prédio dominante tinha a posse imediata, ou a tinha o enfiteuta, ou alguém a tinha, em nome daquele ou desse, isto é, como possuidor imediato, sendo mediato aquele ou êsse. O registro torna aparente a servidão não-aparente.

6.AQUISIÇÃO DA SERVIDÃO “DE FUTURO”, Diz o art. 698:

“A posse incontestada e contíeiua de uma servidão por dez ou quinze anos, nos termos do art. 551, autoriza o possuidor a transcreve em seu nome no registro de imóveis, servindo-lhe de título a sentença que julgar consumado o usucapião”. Acrescenta-se, com a redação nova, no parágrafo único do art. 698: “Se o possuidor não tiver título, o prazo do usucapião será de vinte anos”. Sobre o termo “usucapião”, Tomo XI, § 1.191, 7.

Pergunta-se: pode a aquisição segundo o art. 698 referir-se à servidão *de futuro?* Noutros termos: ~ a servidão *de futuro* é sempre e somente pode ser servidão não-aparente? Sendo não

-aparente, somente se pré-exclui a aquisição segundo o art. 698, parágrafo único? Se há exercício de servidão *de futuro,* quanto à vantagem ou vantagens incompletas, como se já se iniciou a ponte que irá até o outro lado do rio, onde se situa o prédio serdente, ou incursão na água ou no terreno do prédio serviente, ou atos de

vedação importam em que o dono do prédio serviente pelo tempo do art. 698 tolera o uso incompleto, mas pré-

figurativo do uso futuro, nada obsta a que se adquira pelo uso a servidão *de futuro,* que deixou de ser não-aparente ou se iniciou aparente. Se a servidão não-aparente não consta de título e houve uso, que não a configure exteriormente, de aquisição pelo uso não se pode cogitar, devido ao art. 697, que é explícito e não permite sem a aparência da servidão invocar-se o art. 698, nem, sequer, o parágrafo único. Diz o art. 697: "As servidões não aparentes só podem ser estabelecidas por meio de transcrição no registro de imóveis". Por isso mesmo, se consta do registro de imóveis a servidão e há uso da servidão não-aparente, a permanência de tal situação durante o tempo do art. 698 perfaz a aquisição. É o caso, por exemplo, da servidão constituída pelo não-dono, cujo nome consta do registro de imóveis como dono.

São três conceitos que merecem atenção: título registrado, mas sem eficácia; uso; não-aparência. O *uso* da servidão não-

-aparente não gera direito à servidão; não há usucapião de servidão não-aparente. Servidão não-aparente, que se usa, não se torna, pelo simples fato do uso, aparente: há uso que não aparece; nem, tão-pouco, faz aparecer a servidão. Há, por outro lado, a publicidade pelo registro, que, sem o uso, ou é eficaz e produz o direito real, ou é retificável, mas tem função de publicação, permitindo que se encha de uso e se haja de considerar *aparente* (aparecida) a servidão. É a usucapião tabular, em matéria de servidões não-aparentes, figura que afasta os inconvenientes da inusucapibilidade das servidões não-aparentes, sem se contravir a regra jurídica do art. 697.

A servidão não-aparente que foi registada, embora retificável o registro, e logrou o uso decenal, ou quindecenal, pode ser usucapida.

§ 2.198. Sujeitos ativo e passivo

1.TITULARIDADE DAS SERVIDÕES E DIREITO REAL SOBRE O PRÉDIO DOMINANTE. Quanto à titularidade da servidão, o dono do prédio é sempre titular, mas quem tem o direito enfitêutico, o usufruto, o uso ou a habitação do prédio dominante recebe algo dessa titularidade, como recebe algo que restringe o direito de propriedade. Resta saber-se se, recebendo aquele algo, é titular do direito de servidão. Ou se trata de substituição processual (A. SEONI, *L"Intervento adesivo,* 144, 150 e 154) ; ou de co-titularidade (cf.

NICOLA GERMANO, *Tratt ato deile Servitù,* IN, n. 30; L. CovIELLo, *Le Servitú prediali,* 395 5.; contra, G.

VENEZIAN em P. FIORE-B. BRUGI, *II Diritto civile italiano,* Parte V, II. 185) ; ou titularidade devida à titularidade da enfiteuse, do usufruto, do uso ou da habitação. Há duas titularidades sem haver comunhão *pro indiviso,* nem *pro diviso:* o que tem o enfiteuta, o usufrutuário, o usuário ou o habitador, o dono do prédio não tem, porque, para se constituir a enfiteuse, o usufruto, o uso ou a habitação, se retiraram elementos ao conteúdo do seu direito dominical. Porque é titular do direito de servidão, como enfiteuta, usufrutuário, usuário ou habitador, tem êsse a *ação confessória.* Já isso ensinava MANUEL MENDES DE CASTRO *(De Ánnonis civilibus,* 17 s.).

(A cada momento estamos a falar de extração, detracção, ou dedução de elementos do conteúdo do direito de propriedade. Supomos sempre presente a explicação que demos quanto ao conteúdo do domínio, que ou se limita e, pois, diminui, se restringe, de modo que não diminui, embora com elementos seus se componham direitos reais limitados, inclusive as servidões. A restrição tira ao conteúdo, quanto ao exerelejo, portanto sem o cortar. O prédio gravado de servidões por todos os lados ainda é prédio cujo domínio tem o mesmo conteúdo, embora restringido. Certamente, seria mais fácil, para alguns, conceber-se o domínio como *soma* de direitos reais limitados, mas a concepção histórica não foi nem é essa: temos de apanhar os fatos da vida social, tais como exsurgiram, se modificaram e chegaram a ser; não está em nossa vontade pelos diferentes, nem mais afeitos às nossas preferências.)

O locatário não tem direito real. Não se pode, a respeito dele, repetir o que se disse quanto aos titulares de enfiteuse, usufruto, uso e habitação. Mas o que o locatário alugou foi o prédio com a servidão, ou as servidões.

No objeto da locação, o *uso* da servidão está. Se não foi incluído, o que não se há de presumir, o titular do domínio expõe-se ao não-uso, com as suas conseqüências Se o locatário faz obras de escoamento de água, ou de aducção de águas, invocando os arts. 563 e 564, ou os arts. 565 e 567, não constitui servidão; exerce direito de vizinhança, de que tem o uso pelo fato da locação. filem, quanto a passagem de linhas telefônicas. Quem tem o direito de vizinhança é o proprietário, ou, quanto ao uso independente, o usufrutuário, o usuário, ou o hahitador. O locatário, não tendo o *jus in re,* exerce o direito de vizinhança, sem qualquer retirada ao conteúdo do domínio. Ninguém é titular de servidão sem ser titular de direito real. Da servidão podem

ser titulares o dono do prédio, o enfiteuta e o usufrutuário (ou o usuário, ou o habitador) ; não no é, nem no pode ser o locatário, porque a locação nada tira ao conteúdo do domínio, nem da enfiteuse, nem do usufruto, nem lhe pode, devido ao próprio conceito de locação, tirar qualquer elemento. O locador é sujeito passivo de direito e pretensão pessoais e entregou ou deve a posse imediata. (Espanti que GIUSEPPE BRANCA, DelIe Servitú prediali, *Commentario dei Codice Civite* de ANTONIO SCIALOJA e G. BRANCA, Livro IN, 639 s., tenha procurado fundamentar a titularidade do locatário

quanto às servidões.) Se o locatário exerce servidão aparente e o tempo, de que trata o art. 698 do Código Civil, se completa, a aquisição somente ocorre se o possuidor próprio o "autorizou": sem essa outorga de poder, não houve a posse de que cogita e art. 698, que há de ser posse própria, ou posse correspondente a direito real. A aquisição seria pelo outorgante.

Nada obsta a que o proprietário de um prédio, que também o é de outro, faça inscrever a favor de um deles servidão sobre outro. Os sistemas jurídicos que mantém o **Nemini res sua servit* recorrem ao subterfúgio da servidão por destinação do pai de família: quando consta que dois fundos, ora separados, foram possuidos pelo mesmo proprietário e o estado em que os deixou mostra que estabelecera situação de servidão, tem-se como constituída, pela passagem, a dois ou mais proprietários, a servidão. Melhor é que se evitem tais circunlóqulos e a invocação das situações fácticas. Os prédios são dois e a servidão é a favor de quem seja o proprietário. Pode acontecer ser um só, passarem a dois ou mais donos os prédios, volverem a ser de um só dono. O que iporta é o registro. No momento da divisão de um fundo, pode-se configurar que um dos pedaços tenha servidão sobre o outro, inscrevendo-se a servidão.

Se a servidão tem de ser *entre* deis prédios, a diversidade há de ser dos prédios; não precisa ser de titulares do direito de propriedade nos dois prédios. O que se exige é *predialidade* da servidão, não a inter-subjetividade da relação jurídica quanto aos prédios. Mesmo porque o sujeito passivo do direito de servidão é quem quer que seja o dono do prédio serviente e titular do direito de servidão quem quer que seja o dono do prédio dominante.

O sujeito passivo do direito real é *total.*

2. SERVIDÃO NO PRÓPRIO PRÉDIO. O argumento contra a servidão

de proprietário, isto é, da servidão em prédio que pertence ao dono do prédio dominante, de se não entender que seja útil a quem tem o domínio ser titular de direito real limitado, é frágil . Tanto mais quanto as circunstâncias podem criar situações contrárias ao

**Nemini res Sua servit.* Por exemplo:

A é dono do prédio dominante e herda, como fiduciário, o prédio serviente, ou vice-versa; B é dono do prédio dominante e usufrutuário do prédio serviente, ou vice-versa; C tem dois prédios, com servidão de um no outro, e mantém o registro, porque, alienando o prédio dominante, sem a servidão seria de muito menor preço e evita, com tal servidão em coisa própria, ter de constitui-la por ocasião da alienação. Sobre o assunto, Tomos V,§

570, 2 e 6, XI, § 1.180, e XII, §§ 1.282, 3, 1.285, 3, 1.414, 3, e 1.511, 8. PAULO, na L. 26, D., *de servitutibus praediorum urbano-rum,* 8, 2, não admitiu que o condômino estabelecesse servidão, contra a vontade do outro, e acrescentou sem pertinência

* *Nuili res suo. servit.* Em verdade, o condômino não podia constituí-la contra o fundo comum porque havia a indivisão, não porque houvesse o tal principio.

Nada obsta a que o enfiteuta, o usufrutuário, o usuário e o habitador que seja dono de outro prédio crie, a favor do prédio enfitêutico, usufruido, usado ou habitado servidão, mas a não ser o enfiteuta precisa da vontade do dono do prédio favorecido, ainda que para ratificar a constituição ineficaz.

Outrossim, quanto a prédio de diferente dono. A gestão de negócio alheio está a base de tais negócios jurídicos, consigo mesmo e em gestão de negócio alheio, ou com o dono do prédio serviente e em gestão de negócio alheio.

No direito brasileiro, não há obstáculo em constituir o dono de dois ou mais prédios servidões, por negócio jurídico unilateral, a despeito do superado “pertencente a diverso dono”, que aparece no art. 695 do Código Civil. A cada momento incorporadores e condôminos de terrenos estão a constituí-las, pela enorme utilidade de tais constituições antes de se venderem lotes ou apartamentos.

3. TITULARIDADE QUE FLUI. O titular do direito de servidão e das pretensões, ações e exceções, que dele emanam, é o dono do prédio

dominante, *a cada momento.* fosse é que tem o direito real subjetivo. E o dono do prédio serviente, ou alguém. que do direito de propriedade haja a sua situação, é devedor e *obrigado* à servidão.

Se há outro prédio, sem o qual a servidão não poderia ser exercida, também êsse é prédio serviente. Se A promete a O, que, comprando a B o prédio *b,* o submeterá a servidão em favor do prédio *a,* o que se constituiu foi pré-contrato, e não servidão (II. LEEMANN, no *Kommenta-r* de M. GMÚR. IV, *II,* 396). A subjetividade passiva total é inelidível.

4.CONTRA QUEM SE DIRIGE O DIREITO REAL. O direito real de servidão dirige-se contra o dono do prédio serviente, em qualquer momento; portanto, contra todos. integrante do direito do dono do prédio dominante, o que o faz direito de quem é, no momento, o dono do prédio dominante. Não pode, portanto, ser locada a servidão *(Servitus locari non potest);* mas é parte integrante do direito sobre a coisa locada. Somente com o prédio dominante pode ser transferida; e não é suscetível de ser objeto de outro direito, em separado do direito de propriedade do prédio dominante.

Tem-se dito que o domínio se dirige contra todos e o sujeito paSSiVO 4 total, ao passo que o mesmo não se dá em relação aos direitos reais limitados, inclusive e principalmente à servidão. Mas a afirmação, aparentemente fundada, não no é. Dizer--se que o usufruto, o uso, a habitação e a servidão têm conteúdo circunscrito, de modo que a totalidade das pessoas, a coletividade, não é adstrita a respeitar tais direitos, é confundir-se a "limitação" do direito, que é objetiva, com a sua projeção subjetiva. O proprietário atual do prédio serviente não é o sujeito passivo da relação jurídica de servidão se não porque está incluido na totalidade das pessoas que podem ser sujeitos passivos de tal relação. Por isso o direito é absoluto. Os direitos reais são direitos absolutos. Tanto viola dever quem arrebenta a cerca, que foi feita pelo dono do prédio, como quem arranca o cano, que o titular do direito de servidão pôs no prédio serviente. O dono atual do prédio serviente não é o (só) sujeito passivo da relação jurídica de servidão. Aqueles que rebaixam a servidão à categoria jurídica de obrigação *proípter rem.*

ou deformam o conceito de obrigação *propter rem* ou o conceito de direito real limitado de servidão. Devem a servidão todos; obrigado é o dono atual do prédio serviente.

Em tudo isso é de notar-se (e exprobrar-se) que se exagera, devido à demasiada consideração do tempo presente, a situação dos proprietários atuais dos fundos dominante e serviente. Há relações jurídicas entre eles, mas tais relações júrídicas não são a relação jurídica do direito de servidão. O proprietário *atud* do prédio

dominante é quem está, no momento, na posição que permite exercer o direito de servidão; o proprietário *atual* do prédio serviente é quem está, no momento, na posição de ter ée não fazer ou de tolerar que se faça, podendo dar-se que viole o direito de servidão. Quem põe demasiadamente em relêvo a função ocasional dos dois proprietários resvala para a errada concepção do "direito real limitado com conteúdo pessoal" (relação jurídica real com conteúdo de relação pessoal, cp. M. GIORGIANNJ, *Contributo alia Teoria dei Diritti di godimento eu cosa altrui,* 139 si, ou para a concepçao da ambulateriedade subjetiva da servidão (cada proprietário é o sujeito, ativo ou passivo, no momento), que seduziu a alguns *(e. g.,* F. MESSINEO, Le *Servitú,* 37 e 42). Basta se atender ao fato da imediatidade da utilização da servidão e da mediatidade do ônus real e das obrigações *propter rent* para que a entender que são inconfundíveis. O titular do direito a que corresponde o ônus real ou a que corresponde a obrigação *projp ter rem* não exerce poder, positivo ou negativo, sobre o prédio: não há prédio que sirva o outro.

5. TRANSMISSÃO no DIREITO. A servidão transmite-se a quem se faz proprietário do prédio dominante, inclusive o que o usucape em toda a sua figura. Pode-se usucapir o predio, sem a servidão, se por dez anos não foi usada, pôsto que o fosse o prédio, ou, *a JOrUOrí,* se nunca se usou. Quem transmite o prédio pode excluir a servidão, entendendo-Se que o alienante do prédio renunciou à servidão, devendo cancelar-se (art. 709, 1). No meio tempo, isto é, enquanto se não cancela, a servidão está com o que alienara o prédio, pois a transcrição do titulo de aquisição do prédio ainda não se fêz. A transcrição por si só é suficiente à extinção, se o titulo é explícito.

6.CONCORRÊNCIA DE SERVIDÕES. Se sobre o mesmo prédio concorrem duas ou mais servidões, ou servidão e outro direito real, que consista em uso, de modo que não possam ser exercidos concorrentemente, ou não no possam ser satisfatoriamente, cada titular pode, se os seus direitos são do mesmo grau ou sem graduação, pedir que se lhes regule eqüitativamente o exercício, de modo que se satisfaçam, no possível, todos os interesses. Não importa se a concorrência é originária, ou oriunda de divisão do prédio dominante, ou do direito. O direito pode ser direito de vizinhança. As servidões vêm antes do direito de propriedade. A regulação pode ser negocial (contratual, ou testamentária). Se os interessados não acordo, nasce a qualquer deles a ação, em que a sentença é *executiva,* e não condenatória , como pretendiam XX MAENNER *(Das Sad&enreúht,* 284), W. 1(15CM *(Beitrdge zur Llrteilslehre,* 128) e G. PLANCK *(Kommentax.* IN, □

4 a ed., 586), nem

constitutiva, como sustentou MARTIN WOLn‟ *(Lehrbuch,* IN, 6), nem *declarativa,* qual pareceu a F.

KRETZSCHMAR *(Sachenreicht,* 830). A eficácia real depende da averbação (J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 886; O. PLANCK, *Kommentar,* ~ 4~a ed., 586; XC. MAENNER, *Sachenrecht, 284; II.* WILIJENBICHER, *Das Liegenschaftrecflt* 92; O. PREDARI, *Die Grundbuchordnung,* 183; contra; sem razão, O. GUmE, *Die Grundbuchordnunq,* 1.693; H. O. Hmscn, *fie tibertragung der Rechtsausiibung,* 17, 41 s.). A ação é imprescritível (O. PLANCK. *Kommentar,* IN, 587).

A ação de regulação de exercício já foi estudada antes e repetidas vêzes (Tomo V, §§ 594, 5, e 603, 1 e 2; Tomo XVI, § 1.853, 2).

§ 2.199. Conteúdo das servidões

1.SERVIDÕES POSITIVAS E SERvIDÕEs NEGATIVAS. As servidões somente recaem sobre prédios *(aliter,* o usufruto, art. 714, e o uso, art. 745). Ou são *afirmativas* (ditas, também, positivas), ou *negativas.* A servidão de passagem é positiva: passar é praticar ato positivo. A servidão de luz, ou de vista, é negativa: proibe-se que se tire ao prédio dominante a luz, ou a vista. As servidões afirmativas dão o dever de tolerar, e consistem *in patiendo;* as negativas dão o dever de omissão, e consistem *in non faciendo.* Não pode ser conteúdo principal da servidão o ato positivo do proprietário do prédio serviente *(Servitus in laciendo considere nequit)~*

O usufruto supõe o gôzo completo do prédio usufruido; a servidão, o proveito singular, ou gôzo parcial, que coexiste com o gôzo pelo usufrutuário do prédio serviente. Ambos duram; nem o usufruto nem a servidão podem ser gôzo de uma só vez. Quem consentiu em que o gado do vizinho paste uma vez não constituiu servidão. Nem o que deixou que os vizinhos passassem, com o gado, por suas terras, de uma feita. Nem o que lhes permitiu que, êsse ano, colhessem os frutos, ou tirassem pedras. Se a servidão consiste em percepção de frutos até certa quantidade, o excesso não é propriedade do dono do prédio dominante.

Quem teve permissão para apanhar água durante sêca, ou tempo de falta de água, gratuita ou onerosamente, não deu direito de servidão, nem, sequer, posse de servidão. Se o fêz por simples ato de tolerância,

nenhuma posse atribuiu (Código Civil, art. 497); se estabeleceu direito pessoal a tirar água e se iniciaram os atos de hausto de água, com entrega, por exemplo, das chaves, há posse, porém não de servidão, provavelmente de locação. Não é essa, portanto, a única figura de posse imediata que se pode compor. A posse de servidão aparente inicia-se desde que o dono do prédio serviente a dá em virtude de acordo, ou a toma o dono do prédio dominante, que se creu com titulo para isso.

Nas servidões negativas, o dono do prédio serviente, em vez de ter de tolerar, tem de se abster de algo *(non facere).* São as principais a servidão *altius non toliendi,* a *stillicidii non admittendi, a ne prospectu ai ficia.tur* e a iw *lumini officiatur.*

A servidão ou impõe que o dono do prédio serviente tolere (ônus de tolerar algo, *pati),* ou que não faça *(non*

.facere). O principio *Servitua in faciendo consistere nequit* atenua-se no *facere* que se preestabelece ao dono do prédio serviente, que tem de tolerar a *servitus tigni immittendi,* pois que se supõe que mantenha o muro com suficiente resistência. São afirmativas as servidões *itineris, aquaeductus, arenue fodiendae, calcis coquendae, aquae haustus, pascendi pecoris ad aquas appulsus, oneris ferendi, fumi immittendi, pros‟pectus, proiiciendi, tigni immittendi, stillicidii immit tendi.*

No direito brasileiro, a dicotomia das servidões em afirmativas e negativas, não é exaustiva. A servidão pode implicar omissão pelo proprietário do prédio dominante; *e. g.,* em não ter êsse de pagar a indenização do art.

560, ou do art. 564, a não concorrer para a aviventação dos rumos apagados e a renovação de marcos destruidos ou arruinados (art. 569).

Se a servidão consiste em *non facere,* em vez de *paU,* o proprietário do prédio serviente deve omissão. Se a servidão não existisse, o ptoprietário do prédio serviente poderia fazer o que, existindo a servidão, se lhe proibe. As proibições de edificar, de fazer ruido ou de abrir casa de varejo ou bar, ou de tapar a vista ou a luz, são servidões negativas; não assim as proibições‟ de alienar, ou de dividir, ou aumentar o terreno, que são de ordem obrigacional, ou cláusulas objetivas de restrição de poder (cláusula de inalienabilidade, art. 1.723; cláusula de indivisibilidade, arts. 629 e 630).

2.“SERVITUS IN FACIENDO CONSISTERE NEQUIT. O principio *Servitus in fadendo consistere nequit* pré-exclui a constituição de servidão que tenha outro conteúdo que o *pati* e o *non facere* (L. 15, § 1, D., *de servitutibus,* 8, 1: “ut aliquid patiatur aut non faciat”). Resulta da concepção do direito real, que já foi assaz longe com a constituição de renda imobiliária. Para o direito romano, o dono do prédio dominante é que teria de conservar a coisa em estado de servir (ter em bom estado o caminho, manter aberto o aqueduto).

No direito romano, a *servitus oneris ferendi* implicava que o dono do prédio serviente mantivesse o muro de apoio em estado de sustentar (L. 83, D., *de servitutibus praedior□ um urbanorurn,* 8, 2), o que ALFENO

explicava como interpretação do ato de constituição da servidão: se o muro há de estar no estado em que se achava, claro que deve ser mantido. O princípio *Servitus in laciendo consistere neqnit* foi formulado nos últimos tempos da república e surgiu a questão de se saber se atingia a *servitus oneris ferendi* (AQUILIO

GALO), ou não (SÉavío SULPICIO, LAnEÂo), questão que se põe na L. 6, §§ 2 e 3, O., *si servitus viridicetur,* 8, 5. Em verdade, a *refectio,* ou reparação, pelo dono do prédio dominante seria incursão no que é do prédio serviente, a que o muro principalmente se destina; se ao dono do prédio dominante se negasse a *rei ectio,* haveria de entender-se que pode exigi-la, se ofende a sua servidão (R. ELVERS, *Die rõmische Servitutenlebre,* 61; Urro KABLowA, *Rdmische Rechtsgesckichte,* II, 524). Os juristas modernos procuraram explicação que não tornasse exceção ao princípio a servidão *oncris ferendi,* ou pela redução do *facere* a conteúdo de dever e obrigação legal, ou pela redução a dever de vizinhança (MÍ)HLENBRUCH, Uber *servitws oneris frrendi, Árckiv f"i.ir die civilistiselie Praxis,* 14, 384 s.), ou pela inserção do dever na constituição da servidão, tal corno a respeito de outras servidões, admitidas no direito comum e estranhas ao direito romano privado *(servitutes zurts germanici).* O direito público romano conhecia ônus reais, não o direito privado. Assim, segundo ULPIANO, prevaleceu *(a)* a solução de SÉRvIo SULPICIO, segundo a qual o dono (lo prédio dominante tinha ação contra o dono do prédio serviente para constranger o adversário a reparar a parede, a fim dc suportar a carga, livrando-se êsse, conforme LAREXO, pela derrelicção da coisa; depois, introduziu-se a solução que admitiu o conteúdo *facere* como traço de união entre a servidão romana e os ônus reais *(Reallasten),* o feudo (KARL VON AMIBA, *Grundriss,* 218) e os tributos; finalmente, *(c)* sob

a influência do Código Civil francês, arts. 698, se concebeu o *facere* a cargo do dono do prédio serviente em virtude de cláusula especial (cf. Código Civil chileno, art. 829; português, art. 2.277; LÂFAIETE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas,* li, 340, que se insurgiu contra a doutrina de MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Tratado sobre todos os direitos relativos a Casas,* 51, e de MANUEL BOROES CARNEIRO, *Direito civil de Portugal,* IV, 170, que era a da solução *a).* A razão estava, *de lege ata,* com a solução *a),* e as notas dos dois juristas portugueses eram assaz eruditas; mas o Código Civil, arts. 699 e 700, seguiu a solução e). *De lege ferenda,* tratava-se apenas de preferir a regra jurídica dispositiva contra o dono do prédio serviente ou a regra jurídica dispositiva contra o dono do prédio dominante, e optou-se por essa:

"As obras a que se refere o artigo antecedente", disse o art. 700, aludindo às obras necessárias a conservação e uso da servidão. "devem ser feitas pelo dono do prédio dominante, se o contrário não dispuser o título expressamente". O art. 700 impede que se interprete a constituição da servidão *oneris ferendi* como tendo, implícita, a cláusula de *reficere* a cargo do dono do prédio serviente; só a cláusula expressa o pode estabelecer.

Trata-se. portanto, de conteúdo anexo da servidão predial, o que o art. 700 estende a casos outros que o da parede ou muro de suportação. Com a cláusula expressa, nasce ao dono do prédio dominante pretensão acessória ao *facei-e,* o que é superação do direito romano, sem se cair no exagêro do direito germânico e comum. Assim, se há instalação no prédio serviente, como tubos de condução, caixas de desaguamento e de canos de saida de fumaça ou detritos, como se há pilastra, muro, ou viga, ou outro suporte de construção, as obras de conservação incumbem, segundo a regra jurídica dispositiva do art. 700, ao dono do prédio dominante, ainda que a instalação não lhe pertença.

3.ATOS DE ExERCíCIO DAS SERVIDõES. O princípio geral é o da legitimação do dono do prédio dominante a todos os atos necessários ao exercício da sua servidão. Se existe, para essa servidão e, pois, para o seu exercício, instalação no prédio serviente, que lhe pertença ou pertença ao dono do prédio serviente, pode êle proceder às medidas e obras de conservação e uso que sejam necessárias. t isso o que diz o art. 699: "O dono de uma servidão tem direito a fazer todas as obras necessárias à sua conservação e uso. Se a servidão pertencer a mais de um prédio, serão as despesas rateadas entre os respectivos donos". Casos há em que o dono do prédio dominante é legitimado a obras de

conservação e uso ainda que não exista instalação. Por exemplo, o dono do prédio serviente não fêz obras para impedir a subida das águas do rio, o que derruiu o barranco por onde o dono do prédio dominante exercia a servidão de passagem. A despeito de se não tratar de instalação, tem o dono do prédio dominante o direito de pôr o terreno em estado de se poder exercer, regular-mente, a servidão.

Pode dar-se que o dono do prédio serviente também utilize a instalação, ou que a não conservação da instalação, pelo dono do prédio dominante, lhe cause danos. Aqui estão em causa o dever e a obrigação do dono do prédio dominante, e não o seu direito. O art. 699 não foi explícito; nem se há de interpretar tal art. 699 como regra jurídica que dá ao titular da servidão o direito de conservação e o dever até onde o exija o interesse do dono do prédio serviente, pois a explicitação vem logo após, no art. 700: "As obras do artigo antecedente devem ser feitas pelo dono do prédio dominante..." O art. 699 dá o direito ao dono do prédio dominante, ainda que o dever, segundo o art. 700, 23 parte, não lhe caiba. A regra jurídica do art. 699 é *ius cogens,* ao passo que *ius disnositivum* o art. 700. Há toda conveniência em se versarem, separadamente, as duas regras jurídicas. O

direito de conservação é conteúdo necessário da servidão; não é conteúdo anexo.

O exercício da servidão pode ser pelo possuidor do prédio dominante, por seu servidor da posse, ou por terceiro que a exerça no interesse do possuidor. O que importa é a objetividade do exercício, abstraindo-se mesmo da intenção *(animus)* do possuidor. Também é exercício o informar que mantém o interesse na posse da servidão (abstração do *corpus).*

A proteção possessória do que tem posse de servidão (salvo a limitação de eficácia segundo o art. 509) é o de qualquer possuidor. Se alguém é titular de servidão e não recebeu posse, nem a tomou por si mesmo, não pode ser protegido, porque tem direito de servidão e, pois, direito à posse, porém não posse. Se há mais de um titular da servidão, a posse pode ser composse ou posse *pro diviso,* conforme o exercício (O. STRECKER, em *G.*

PLANCK, *Kommentar,* 111, 43 ed., 598 s.). O possuidor imediato do prédio dominante pode exercer a legítima defesa, a justiça de mão própria e as ações possessórias se foi ofendida a posse do possuidor mediato.

§ 2.200. Servidões rústicas e servidões urbanas

1. ORIGENS. As servidões rústicas são as mais antigas *(servitutes praediorum rwsticorum).* A de passagem, *iter,* deve ter sido a primeira; depois, a de condução de gado *(actus)* e a de passar com veículo *(veh.ere).*

2. SERVIDõES RÚSTICAS. As servidões rústicas não se transformam nem desaparecem se os prédios passam a ser urbanos, nem .as urbanas se transformam ou desaparecem, se os prédios se tornam rústicos, salvo se já impraticável o *pati* que elas implicam. Não há mais servidão de passar com cavalos se não mais pode haver passagem a cavalo desde o prédio dominante. Mas é preciso que o não-uso se prolongue por dez anos.

3. SERvIDÕES URBANAS. As servidões urbanas mais importantes são a servidão *altius non toilendi* e a *tigni immttendi.*

A *servitus altins nem toltendi,* servidão de não edificar mais alto, como a servidão *altiu.s toilendi,* está sujeita às incursões do direito público no conteúdo do direito de propriedade. Se alguma lei de direito público, compatível com os princípios constitucionais, impede que se construa acima de z metros, a servidão *altius toilendi* não pode ter conteúdo maior do que o conteúdo do domínio; se alguma lei de direito público, compatível com os princípios constitucionais, estabelece dever de construção até certa altura, a servidão *altius non toilendi* é de conteúdo impossível no que veda construir até a altura publicisticamente marcada.

§ 2.201. Servidões continuas e servidões discontinuas

1. Nas *servitutes continuae,* o exercício é sem discontinuidade temporal e duradouro; nas *servitutes dis continuae,* os atos de exercício são soltos, sem continuidade, transitários. Todas as servidões negativas são contínuas, ainda que a tolerância se limite a trato de tempo. Algumas servidões afirmativas são contínuas, como a servidão *tigni immittendi.* As servidões de passagem e de pasto são discontínuas. A maior importância da distinção é devida ao art. 509, que submete a regime de eficácia limitada as servidões discontínuas, em geral, e as contínuas não-aparentes.

2. POSSE. Em quaisquer servidões não-aparentes, o registro é que importa; se não quem êsse o houve (art.

509, 1a parte). Se a servídão é discontínua, a mesma exigência cabe que a respeito das servidões contínuas não-aparentes (art. 509, 2ª parte). Se a servidão é discontínua, o poder fático do seu titular só é protegido contra o possuidor do prédio serviente, que a concedeu, ou seus sucessores. Idem, se a servidão é contínua e não-aparente. De modo que só se protege *erga omnes* a posse da servidão contínua aparente.

O art. 509, 2.8 parte, permite a tutela possessória se o título de quem se diz sujeito ativo do direito de servidão provém do dono do prédio serviente ou da pessoa de que o dono do prédio serviente houve o direito de propriedade. Se é contra o dono do prédio serviente que a pessoa que se crê titular do direito de servidão quer a proteção possessória, tem o demandado a objeção do art. 509, l.~ parte (o título não procede dele, nem de qualquer antecessor na história do seu direito de propriedade). Se é contra terceiro, o demandado não tem a objeção do art. 509, 1.8 parte; apenas pode *nomear à autoria,* conforme o art. 99 do Código de Processo Civil.

Com o cancelamento do registro da servidão não-aparente, extingue-se o direito real de servidão e, com êle, o direito à posse. O poder fático sai do mundo jurídico (=a posse extingue-se, ainda se continuou o exercício); o possuidor do prédio serviente pode defender-se possessôriamente e objetar a extinção da servidão pelo cancelamento, na ação que o possuidor do prédio dominante proponha. Se foi retificado o cancelamento, o direito à posse nasce de nOvo e, com o exercício, a posse da servidA”

§ 2.202. Conservação da servidão

1. ÔNUS DE CONSERVAÇÃO. Quanto ao Ônus de conservar, o art. 700 atribuiu-o ao titular da servidão, sem qualquer distinção. Não se trata de dever ou obrigação que exista ao lado da servidão, no plano do direito das obrigações; o dever de conservação está incluso no conteúdo da servidão e, se não há cláusula expressa que o haja estabelecido ou transferido ao dono do prédio serviente, não precisa constar do registro (cf. O. VON

GIERKE, *Deutsches Privatrecht,* II, § 144, nota 47). Do registro precisa constar a convenção de incumbir ao dono do prédio serviente, sem o quê não teria eficácia real. No Código Civil brasileiro, *aliter* no alemão

(§

1.022), não se contém a regra jurídica sobre a servidão *oneris ferendi,* qual se formulava no direito romano, nem a regra jurídica do Código Civil alemão (§ 1.022) que abrange a servidão *oneris ferendi* e quaisquer servidões *tigni i,nmittendi.* De modo que é sempre preciso que se insira a cláusula expressa para que o dever do dono do prédio serviente se estabeleça. Não há, sequer, regra jurídica interpretativa; o art. 700 é dispositivo, qualquer que seja a servidão de que se trate. Só a cláusula expressa pode fazer nascerem o direito e a pretensão à *refectio* pelo dono do prédio serviente.

A diferença entre a servidão *oneris prendi* e a servidão *tigni irnmittendi* está em que, por aquela, se edifica e faz pêso sobre todo o muro do vizinho, pilar, pedestal ou coluna, e, por essa, se introduz a trave, viga, ou caibro, na parte do muro, parede, ou muralha do vizinho. Corruído o que se imitiu no muro, ou parede, ou muralha, pode ser consertado, reparado, ou substituido, desde que se faça na mesma qualidade e quantidade, isto é, sem dano ou agravação da servidão (3. VOET, *Commentarius ad Pandectas,* 1, 396 5.: "... in corruptarum locuni alias de novo substituere licitum, sive eiusdem sive alterius formae"). Â servidão *tigni immittendi* não se cofunde com a servidão *tigni projiciendi veZ protegendi,* que consiste em se pôr a trave, ou caibro, ou viga, por cima da parede, ou muro, de modo a penetrar em espaço do terreno vizinho ("emittere suum tignum extra suum parietem", 3. Vorr, *Commentarius ad Pandectas.* 1, 397 s.).

2.ANTES E DEPOIS DO REGISTRO. Se há a cláusula expresa de que cogita o art. 700, 2.~ parte ("se o contrário não dispuser o título expressamente"), antes do registro só há obrigação pessoal; depois do registro, a obrigação que incumbe ao dono do prédio serviente é real, porque corresponde a direito real do dono do prédio dominante, incluso no direito de servidão . É à semelhança da renda constituída sobre imóvel, sem que, como essa, possa ser tratada como direito real independente grava o imóvel serviente; produz pretensão contra qualquer turbação, ou esbu1ho, ou inquietações futuras; se se extingue com o "abandono" do prédio ao dono do prédio dominante, é porque o Código Civil formulou regra jurídica especial a respeito (art. 701: "Quando a obrigação incumbir ao dono do prédio serviente, êste poderá exonerar-se, abandonando a propriedade ao dono do dominante"). Tal "abandono ao dono do prédio dominante" só tem eficácia extintiva com o registro, isto é, com o cancelamento, que se há de fazer após a transcrição do ato de renúncia pelo dono do prédio

serviente.

Vê-se logo que a aquisição é negócio jurídico posterior, portanto não há a simples derrelicção, ou o abandono, no sentido do art. 589, IN, e § 2?: supõe declaração, para que o dono do prédio dominante adquira a propriedade (art. 589, 1), se bem que baste o negócio jurídico unilateral da renúncia para se extinguir a pretensão ao *facere* contra o abatidonante. Temos, assim, que a servidão não se extingue se o dono do prédio dominante não adquiriu a propriedade do prédio serviente : o que se extingue é a obrigação do renunciante. Se êsse fêz transcrever o ato de renúncia, sem ter havido acordo com o dono do prédio dominante, ou ter sobrevindo êsse acordo, o prédio fica na situação do art. 589, E, continuando a servidão e podendo o dono do prédio dominante ir contra o possuidor do prédio ainda não adquirido, ou contra quem usucapiu, como se fosse titular da renda imobiliária *(e. g.,* Código de Processo Civil, arts. 298, IX, e 302, XII).

Precisemos. O dono do prédio serviente pode renunciar à propriedade do prédio, dizendo por que o faz, ou nada dizendo quanto à obrigação de obras; no primeiro caso, o registro do ato renunciativo tem a eficácia de extinção da obrigação real; no segundo, é renúncia ordinária, que não exonera o renunciante do que devia ao tempo da renúncia. Se o dono do prédio dominante manifesta, perante o registro, que se investe na propriedade do prédio, adquire-a: não há aceitação de renúncia, há, apenas, exercício de pretensão ao registro, como se acordo tivesse havido. Se houve acordo, não houve renúncia, e não se há de pensar em invocação do art. 701.

3.INSTALAÇÕES DO PRÉDIO SERVIENTE. O Código Civil não possui regra jurídica especial sobre a utilização, pelo dono do prédio serviente, da instalação do prédio dominante naquele. Do art. 700 resulta o dever de conservação pelo dono do prédio dominante, ainda que a instalação não lhe pertença; a pretensão do dono do prédio serviente, se não é êle quem tem o dever, é na medida do seu interesse . *E. g.,* se há esgoto por seu prédio, o dono do prédio dominante é responsável pela exalação de naus olores, pelas obras que os ocultavam, ou pelos danos causados pelo rompimento e pelo simples fato do rompimento, ainda que se não provem danos. Se ambos os donos utilizam a instalação, ao dono do prédio serviente somente cabe conservá-la na medida em que é necessária à utilização por êle. Ainda aí, é possível que se acordo ter o titular da servidão o dever de conservar a instalação quanto ao que só interessa ao dono do prédio serviente; então, a eficácia obrigacional depende do negócio jurídico, e a eficácia real, do registro do acordo expresso. Não há regra jurídica

dispositiva, como a do art. 700, l.~ parte; e tudo se passa à semelhança do que se expôs a propósito do art. 700, 2.8 parte. Se tal acordo foi feito e registrado, é conteudo da servidão, pois que lhe dá raias.

4.UTILIDADE DO TOLERAR OU DO lO FAZER. A servidão tem de ser útil ao prédio, *„praedio utilis.* O

princípio é de direito cogente. No suporte fático da constituição da servidão, o ser útil ao titular dela, o omitir *(non facere)* ou o sofrer *(paU),* é elemento necessário. Tal o *principio da exigência de utilidade,* que está implícito no direito brasileiro. Servidões inúteis não se constituem; nem subsistem se a utilidade desapareceu para sempre. O oficial do registro pode recusar-se a regista-la; se o registro se fêz, o livro de registro é *inexato* e pode ser *retificado;* o juiz mesmo pode ordenar, de ofício, a retificação ~O. STRECKER, em *G.* PLANCK, *Kommentar, ~fl,* 48 ed., 573 s.), como se a servidão é sobre o prédio A, a favor do prédio E, para fornecer água ao prédio C. *Aliter,* se a inutilidade sobreveio.

§ 2.202. CONSERVAÇÃO DA SERVIDÃO

A servidão há de ser útil ao prédio e não se ir além disso *(praedio utilis).* Assim, por direito romano (L. 5, § 1, D., *de servitutibus vraediorum i-usticorum,* 8, 8) e por direito do Código Civil, art. 704, como por direito inglês e alemão, o que tem servidão de tirar água até z milhares de litros por dia (ou de *x* milhares de litros por dia), e não necessita de mais de metade de x, só tem servidão até metade de x, a despeito do que se acordo e registrou.

É o que estabelece o art. 704: “Restringir-se-áo uso da servidão às necessidades do prédio dominante, evitando, quanto possível, agravar o encargo ao prédio serviente”. *Não se pode estabelecer servidão além do que é útil.*

(Diferentes o direito comum e alguns sistemas jurídicos dos nossos dias, que permitem servidão além do útil e só em caso de dúvida, mandam que se tenha como restrita ao necessário.) A regra jurídica do art. 704 não é *ius dispositivum,* nem *interpretativum;* mas *jus cogens.* Diz que o necessário é limite da servidão *(princípio do limite ao necessário)* ; permite a ação declaratória em cuja sentença favorável se decida até onde vai a servidão (= até onde existe). Não se trata de limite legal ao exercício; e sim de limite legal à servidão mesma. O que tem

servidão de lenha e a apanha, vendendo o excesso, não só exerceu irregularmente a servidão, como também foi além dos limites dela.

A questão sobre se a constituição da servidão está dentro do necessário, ou se o excede, resolve-se pela interpretação do título da servidão e conforme os usos locais. A consideração de ter sido exercida durante longo tempo, de boa fé (Código Civil suíço, art. 738, alínea 2ª, somente importa, no direito brasileiro, como elemento de interpretação do título ou do próprio título, no caso de aquisição pelo uso (art. 698).

A medida fixada no título é limite máximo, ainda que maior já fosse a necessidade do prédio, ao tempo da constituição, ou ainda que tenha crescido com o tempo. Se não houve fixação, o limite é o da necessidade, e então, desde que o prédio dominante não varie de espécie, o limite é variável a cada momento; pode crescer ou decrescer a necessidade, que dá, ao longo do tempo, o limite: *e. g.,* a servidão de água para a chácara não se converte em servidão de água para o edifício do hotel ou de apartamentos, ou para a fábrica de tecidos (cf. art.

706, parágrafo único); não assim, se é de servidão para a fábrica que se trata e cresce o número de operários, ou de máquinas. Em todo o caso, o dono do prédio serviente tem direito à indenização do excesso, se havia fixação, mas a necessidade cresceu. O art. 706 estabelece: "Se as necessidades de cultura do prédio dominante impuserem à servidão maior largueza, o dono do prédio serviente ~ obrigado a sofrê-la; mas tem o direito de ser indenizado pelo excesso". A regra jurídica só se refere, em sua letra, à cultura; há-se de entender, porém, agricultura, ou indústria. Por outro lado, só se há de invocar se a) houve fixação do limite, se não na houve, o art. 706 não incide, o conteúdo quantitativo da servidão é variável; e *b)* não houve mudança da espécie de servidão, se a houve, rege o parágrafo único do art. 706, que diz: "Se, porém, êsse acréscimo de encargo for devido à mudança na maneira de exercer a servidão, como no caso de se pretender edificar em terreno até então destinado a cultura, poderá impedi-lo o dono do prédio serviente".

Falou-se de *declaração.* A ação é declaratória, embora possa ter havido diminuição ou aumento da necessidade.

Declara-se a relação jurídica de servidão tal qual é no momento em que se profere a sentença, razão por que pode sobrevir outra sentença que declare ter havido mudança. A decisão pode ser no sentido de ter

desaparecido para sempre qualquer utilidade e então incide o art. 709, II, por analogia.

A ação declaratória a que nos referimos é inconfundível com a ação de regulação do exercício, de que trataremos a seguir.

Precisemos: o dono do prédio serviente pode abandonar a propriedade do prédio, sem necessidade de qualquer manifestação de vontade.

5.COEXISTÉNCIA DO DIREITO DE SERVIDÃO COM OUTROS DIREITOS. Sobre o mesmo prédio podem recair dois ou mais direitos reais, um dos quais seja direito de servidão, ou dois ou mais direitos de servidão, cujo titular seja o mesmo ou que tenham dois ou mais titulares. Tais direitos coexistem. Cada um tem o seu conteúdo. Tratando-se de servidões, dois direitos com o mesmo conteúdo (duas servidões sobre o mesmo prédio, sendo ambas de caminho e só existindo um), há a solução técnica da *regulação do exerci cio.* Ai também incide o *princípio "civiliter uM":* o uso da servidão há de restringir-se às necessidades do prédio dominante, evitando, quanto possível, agravar o encargo ao prédio serviente. (Código Civil, art. 704), e ao seu fim ou fins (art. 704, parágrafo único), ainda quando a possa remover de um local para outro (art. 703). Pode acontecer que o dono do prédio tenha uso simultâneo do mesmo conteúdo, ou que duas ou mais servidões tenham o mesmo.

Sobre a *ação de regulação de exercicio,* Tomos V, §§ 594, 5, 608, 1 e 2, e XVI, § 1.858, 2.

§ 2.203. Servidões de direito público?

1.POSIÇÃO DO PROBLEMA E ATITUDE DE MAYEL A determinação de caminhos públicos, que deixam subsistir a propriedade privada, e de outras utilizações, que não na excluem, dá ensejo a figura cuja categoria tem sido assaz discutida. ,Trata-se de servidão de direito público, ou de limitação ao conteúdo da propriedade?

Para os que seguem a OTTO MATER *(Deutsches Verwaltungsrecht, fl,* SY- ed., 107 s.), existem servidões de direito público, poder jurídico sobre a coisa, direito real, na medida em que o direito público pode impor o gravame a um bem, de propriedade privada, a favor de algum proprietário de outro bem (servidão predial), ou de determinada pessoa (servidão pessoal), para certo fim público. Seriam exemplo os

caminhos, pontes, logradouros, túneis, cloacas, canais, esgotos de águas pluviais, proibições de construir e de consertar, ou reformar, que resultam de planos urbanisticos ou de proteção" à agricultura e à indústria, e as estradas de ferro e de rodagem. Seriam de duas classes e nasceriam à semelhança da propriedade pública, destinação efetiva da coisa ao serviço público *maú* constituição de direito real de servidão, mediante *a)* título de direito civil *(e. g.,* certos caminhos públicos, adquiridos por negócio jurídico, ou segundo o art. 698, ou por desapropriação), ou b) por direito público (e. *g.,* servidões militares, criadas por lei, ou, segundo a lei, pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Executivo).

2. PUBLICIZAÇÃO DO pRÉDiO. Quanto à servidão oriunda de direito civil, os argumentos de Orro MÂYER

não convencem de que, a respeito delas, se dê a publicização do direito real de servidão como acontece à passagem da propriedade particular & categoria de propriedade pública *stricto sensu* (art. 66, 1 e II, e não IN). A publicização do bem é objetiva e total, de modo que sai do direito civil o bem mesmo; a destinação efetiva *(Widmung)* da servidão é relativa ao conteúdo do poder jurídico, sem atingir a coisa e só restringindo o direito do prédio serviente. Entre o proprietário e o Estado há o direito civil, se bem que os atos do Estado sejam de direito público.

3.SERVIDÕES NASCIDAS NO DIREITO PÚBLICO. Dir-se-á que as servidões nascidas de título de direito público, isto é, por força de lei, não têm entre elas e o imóvel o direito civil: todo o poder do Estado é, aí, poder de polícia. Mas tal particularidade mostra que se *limitou* a propriedade, não se criou servidão. Por isso mesmo, não caberia pensar-se em causas civilísticas de extinção da servidão: não há servidão. O que se publicizou foi a felpa do bem que se desprendeu, por lei, dele, e não direito real frente ao do proprietário. Não há resgate (art. 709, IN), salvo *lex specialis;* não há extinção pela reUnião dos dois prédios sob o domínio da mesma pessoa (art. 710, 1), nem pelo não-uso (art. 710, IN). Isso não quer dizer que o direito público não possa criar servidões entre prédios públicos *stricto sensu* (art. 66, 1 e II). Se assim procede, nada tem com isso o direito civil. Também podemos falar de servidões públicas de passagem, ou de extração do material, ou de qualquer outra, em sentido puramente subjetivo; então, as servidões, assim adjetivadas, são apenas servidões de direito civil pertencentes a prédios públicos *stricto scnsu* (art. 66, 1 e II), ou *lato sensu* (art.

66, 1-111). A destinação efetiva, pela qual se liga o bem ou elemento dele ao fim público (art. 66, 1 ou II ou IN), não atinge a natureza do direito à coisa, ou ao elemento: pode-se destinar coisa privada, que se alugou, a uso comum do povo, sem que, por isso, se faça de uso comum a coisa (art. 66, 1); pode-se destinar a coisa privada a uso especial (administrativo *lato sensu),* sem que se torne bem público (art. 66, II) ; pode-se destinar coisa, que pertence ao patrimônio do Estado, a uso comum, ou a uso especial (administrativo), sem que o bem se desloque da classe do art. 66, IN, para classe do art. 66, 1, ou II, respectivamente.

4.EXAME DAS ESPÉCIES E EXPOSIÇÃO SISTEMÁTICA. limites espaciais dos prédios separam uns dos outros, se bem que os sistemas jurídicos hajam concebido direitos que ultranientes de uso por algum tempo, ou resultam de texto de lei que dê ao dono de um prédio pretensão à constituição de servidão. Servidões "legais" seriam, portanto, direitos reais limitados constituídos por sentença. As chamadas "servidões naturais" são *direitos de vizinhança;* e trai o direito romano quem lhe atribui considerá-los servidões. O direito de que se fala na Lei das XII Tábuas, VII, 10, ou na L. 1, D., *de glande legenda,* 43, 28, a propósito do *interdictum de glande legenda,* era direito de vizinhança, e não servidão. O direito de que cogitaram a Lei das XII Tábuas, VII, 9, e a L. 1, D., *de arboribus caedendis,* 43, 27, e hoje está no art. 558 do Código Civil, *ve. V~* "os ramoe de árvores", era e é direito de vizinhança, e não servidão, O direito a que se referiram textos romanos e hoje se regula no art.

563 do Código Civil é direito de vizinhança, e não servidão.

A ida do proprietário do prédio a sepulcro, se o acesso era vedado, foi regulada na L. 12, pr., D., *de reli.qiosis et sumptibus funerum et ut funu,s ducere liceat,* 11, „7: "Se alguém tem sepulcro, porém não caminho para o sepulcro, e pelo vizinho se proibir passar, o Imperador Antonino, com seu pai, por restrito disse (rescripit rescreveu) que soia pedir-se em precário e conceder-se a ida para o sepulcro, de modo que, quando não se deve, se impetre àquele que tem o fundo contíguo. Todavia, êsse rescrito, que dá a faculdade de impetração, não implica haver ação civil (non ... etiam actionem civilem inducit), mas sim interpelar-se *extra ordinem* (fora do ordinário). O Presidente também deve compelir a que por seu justo preço se lhe conceda àquele a passagem, mas de jeito que o juiz também atenda à oportunidade do lugar, para que o vizinho não sofra grande prejuízo".

Na L. 14, § 1, D., *de servitutibus,* 8, 1, PAULO fala da *servitus itineris ad*

sepulchrum, mas evidentemente a supunha constituída, portanto fora da espécie de direito ao caminho que é objeto do texto de ULPIANO, na L.

12, pr., onde se supõe exatamente não haver direito de servidão *(verbis* "quotiens non debetur".

Não há dúvida que a ida ao sepulcro, se não havia servidão, já se tornara direito, mas êsse direito não era direito à servidão, e sim direito a ida.

Se passarmos aos direitos hodiernos de aqueduto, para aducção ou para educção, e ao de águas supérfluas, a situação muda: o problema é de tal sutileza, que merece ser aprofundado e precisar-se, com todo o rigor, a solução científica. Já se nos havia apresentado ao tratarmos dos arts. 559-562 do Código Civil („Pomos XI, §

1.218, 3, XIN, §§ 1.539, 4, 1.542, 1, 2, 4, 6, e 1.556, 2); mais ao vivo aparece nos arts. 117-138 do Decreto n.

24.643, de 10 de julho de 1984.

A decisão, nas espécies dos arts. 559-562 do Código Civil, é *declarativa.* Nas espécies dos arts. 117-188 do Decreto n. 24.643, *constitutiva.* Há direito de vizinhança, nos arts. 559-562 do Código Civil; nos arts. 117-138

do Decreto n. 24.648, servidão constituir sentença. O direito que, nas espécies do Decreto n. *24.648,* arts. 117-138, faz parte do conteúdo do direito de propriedade do prédio necessitante é direito à servidão, e não direito de servidão. A servidão vem depois; ainda depois de constituída, não passa a ser conteúdo do direito de propriedade do prédio dominante e não se pode dizer que o conteúdo do direito de propriedade do prédio serviente tenha sido *limitado* para menos: houve restrição, não limitação. A limitação foi antes, ao surgir o direito formativo gerador.

A necessidade de ato constitutivo pré-exclui que se trate, na espécie, de simples limitação ao conteúdo do direito de propriedade, no que se constitui: há servidão. Se há necessidade de ato administrativo e a servidão é inconstruível, por se tratar de retirada de elemento do domínio sem ser para se atribuir a dono de algum prédio ou empresa, que tenha prédio, então estamos diante de limitação ao conteúdo do direito de propriedade; porém o ato administrativo é apenas quanto ao exercício e toda determinação de percurso ou outra incursão supõe que exista direito de intromissão. É aqui o ponto em que os

administrativistas pecam por falta de precisão, se não de aprofundamento e de precisão. O ato administrativo não constitui o direito; é apenas ato de exercício: o direito A *imissão* já existia, sem necessidade de qualquer constitutividade do ato administrativo. O Estado, quando por ato próprio, ou por ato de empresas autorizadas ou concessionárias, lança linhas telegráficas, ou telefônicas, exerce direito de incursão (= entra no que seria conteúdo do direito de propriedade, mas em virtude da lei permissiva da imissão), ou de desapropriação. Ou há exercício de direito, devido à limitação, ou tem o Estado de desapropriar ou obter, por negócio jurídico bilateral, a passagem. Na última espécie, a situação de quem venha a adquirir o prédio incurgionado é semelhante à de quem adquire o prédio, se foi registada, antes, a cláusula de ser respeitada a locação pelos adquirentes do prédio locado.

É preciso que se conceituem, no direito administrativo, as *limitações* ao conteúdo do direito de propriedade e as *restrições,* entre as quais estão as *servidões,* sem se solapar a apurada terminologia do direito privado, fruto de séculos de pesquisa. Tem razão MARCELO CAETANO *(Manual de Direito administra.. tivo,* g□a ed., 596) em falar e reconhecer "a pouca maturidade do direito administrativo", a par da "hesitação da doutrina civilista em tôrno do conceito de servidão". Tal hesitação não se observa no Código Civil brasileiro, mas ainda se reflete na legislação especial, oriunda de pessoas menos expertas. Desde que se admita servidão sem ser em benefício de prédio falseia-se o conceito de servidão e a admissão de servidões irregulares impede todo bom resultado dos esforços do cientista.

Os §§ 2.140 e 2.142, 4, foram elucidativos.

CAPITULO II

CONSTITUIÇÃO DAS SERVIDÕES

§ 2.204. Distinções legais

1.EsPÉcIEs DE SERVIDÕES. As chamadas servidões legais de que se fala no direito francês (Código Civil francês, art. 639) e noutros sistemas jurídicos, que o imitaram, ditas legais por serem fundadas em interesse público, ou da vizinhança não existem no direito brasileiro. São direitos que correspondem a limitações da propriedade, o que se foi reconhecendo nos próprios países em que se adotara aquele

errôneo conceito (cp. IR.

FÓRTSCH, *Vergíeichende Darstellung des* Code Civil *und das RGR.,* 88). Não há *numerus elausus* para as servidões, à diferença do direito romano; de modo que as servidões, de que se tratou naquele direito e nêle foram nomeadas, não exaurem o número das servidões possíveis.

O conceito de servidão legal, estranho ao direito brasileiro, englobava limitações ao direito de propriedade (direitos limitativos, direitos *por fora* do direito de propriedade, portanto nunca direitos sobre coisa, ou gravame de domínio) e relações jurídicas diferentes, que ofereciam dificuldade ao jurista que as queria conceituar e classificar. Desde que se chegou à maturidade da investigação, caracterizando-se, suficientemente, os direitos limitativos, os direitos formativos geradores de servidão e os direitos de servidão propriamente ditos, o conceito de servidão legal passou a ser inadmissível, e não só incorreto. A propósito dos direitos reais limitados, dissemos quanto era de mister a respeito da diferença entre os três conceitos (direitos limitativos, direitos formativos geradores de servidão. Ou direita a servidão, e direitos formados, que são os direitos de servidio). Antes, § 2.140.

Quanto às servidões prometidas, ainda que objeto de pré--contrato que tenha eficácia *erga* ommes, ou de ata constitutivo de incorparação a fonte não é a lei, mas o negócio jurídico. Ainda que se trate de ato constitutivo regido por direito público.

2.SERVIDÕES NÃO-APARENTES E SERVIDÕES APARENTES. Para a constituição da servidões , é preciso, em se tratando de servidões não-aparentes, que se registem; portanto há de ter sido criado o título, por meio de negócio jurídico , e há de ter sido inscrita (art. 697: “As servidões não aparentes só podem ser estabelecidas por meio de transcriÇÃO no regista de imóveis”). As servidões aparentes, essas, por isso mesmo que há *publicidade* dos fatos, podem ser adquiridas por usucapião. Diz o art. 698: “A posse incontestada e contínua de uma servidão por dez ou quinze anos, nos termos do art. 551, autoriza o possuidor a transcrevê-la em seu nome no registro de imóveis, servindo-lhe de titulo a sentença que julgar consumado o usucapião”. “Se o possuidor não tiver título, o prazo do usucapiso será de vinte anos” (art. 698, parágrafo único). O art. 697 pré-

exclui a aquisição da servidão não-aparente por usucaplio; mas isso não importa em se negar a possibilidade da posse das servidães não-aparentes.

O art. 697 diz, no fundo, que as servidões não-aparentes não se adquirem por usucaplio. Nio se cogitou, de n~do nenhum, das servidões continuas e das discontínuas, em matéria de aquisição do direito de servidão , embora haja o art. 509, que se refere à proteção possessória. As senídões discontinuas aparentes não gozam da tutela possessória antes do registro, salvo se há titulo proveniente do possuidor *proprio no mirte* do prédio serviente; mas, a despeito disso, são usucapiveis , se há titulo e boa fé, ou somente boa *fé,* ainda que, na primeira espécie, a título tenha sido de outrem.

Servidões aparentes são as que se revelam por sinais visíveis, ainda que intermitentes ou esporádicos; não-aparentes, as que naõ se revelam por sinais visíveis . A restrição, conceptualmente suposta, do conteúdo das senidoes permite que se lhes veja, de regra, a exterioridade, a aparência; porém igualmente que se lhes dê conteúdo que não seja visivel, ou que possa ser dissimulado. Por outro lado, a natureza de direito real limitado cujo exercício não recai sobre tOda a coisa, como a enfiteuse, o usufruto, o uso e a habitação, permite que se não presuma haver senidãô, ainda que os atos sejam de serventia. Entendem-se, salvo alegação e prova em contrário, tolerados *iure familiaritatis.* Todavia, seria erro atribuir-se ao se proibir a presunção a distinção entre servidões não-aparenteS e servidões aparentes, nem, sequer, a diferença de tratamento jurídico. Nem se presumem aquelas, nem essas. Se a servidão é aparente, ouse o não é, é questão de fato. Vê-se, ou não se vê; aparece, ou nAo aparece. A visibilidade independe do ocultamento, razão por que se pode fazer clandestina a servidão aparente, e não se tornaria aparente a servidão não-aparente, quaisquer que fOssem os avisos não assinalantes que se publicassem. Os sinais visíveis podem ser funcionais, de modo que a servidão seja aparente, como se há *entrada* visível para o subterrâneo, ou há alguma obra para o exercido da servidão que a torna visível, instrumentalmente.

Se a servidão é aparente discontinua ou não-aparente discontinua ou se é não-aparente e continua, difícil seria tutelar-

-lhes a posse, razão por que se concebeu o art. 509: o titulo proveniente do possuidor próprio do prédio serviente é que pode estabelecer a situação possessória tutelável. Posse pode haver, ainda sem êsse titulo, mas a lei n~o a tutela. A usucapião só se refere às servidões aparentes, sejam contínuas, ou não; donde a diversidade de tratamento possessório e de usucapião: as servidões aparentes discontínuas não são tuteladas possessoriamente, salvo o título provindo do possuidor do prédio serviente; mas a posse delas gera

usucapião.

Não se pode pensar, portanto, em que a manutenção da posse das servidões aparentes discontinuas prepare a usucapião da servidão: não há proteção de tal posse. Conclusão: há posse *ad usucwpionem* que não e posse tutelável.

Quanto às servidões não-aparentes, podem ser protegidas, se o título provém do possuidor próprio do prédio serviente; não há, porém, usucapião . Se, protegido na posse, devido a tal titulo , o autor da ação possessória faz obras que tornem visível a servidão (= aparente), pode usucapir. É o *principio da uneapibilidart.e da servidão tornada aparente.* Quando o dono do prédio tem posse de *servitus non aedificandi,* por haver o título de que fala o art. 509 e ter havido oposição sempre que o dono do prédio serviente quis edificar, pode exercer a pretensão à tutela possessória, ainda de acordo com o art. 371 do Código de Processo Civil. Mas a usucapião não pode sobrevir:

há posse; todavia, a servidão não se fêz aparente.

O titulo pode ser invocado, na espécie do art. 698, para a usucapião. Levanta-se a questão do ônus das despesas com as obras necessárias à conservação e ao exercício da servidão. ou somente conforme posse (art. 698, parágrafo único). A usucape servidão ou usucape conforme título e posse (art. 698) ou somente conforme título (art. 698, parágrafo único). A usucapião, na espécie do parágrafo único do art. 698, opera-se segundo o conteúdo da posse de servidão. Portanto, uma vez que, *ex hypothesi,* não há título, só a posse poderia fazer pesar ao dono do prédio serviente o ônus das despesas. ~ ~ possível que a posse vá até aí? Difícil, sim; não, impossível. Se o titulo não basta ao registro, mas é explícito quanto às obras que devem ser por conta do dono do prédio serviente, a posse há de abranger essa cláusula, porque, ~e não abrange, há título, *nesse ponto,* e não há posse. Se não há título, tudo se passa no terreno da posse. Se o dono do prédio serviente *fêz,* durante o tempo de que fala o art. 698, as obras, posse houve até *êsse ponto* pelo dono do prédio dominante. Não, se poderia proclamar, a *priori,* que não se usucape pretensão de tal natureza *(e. g.,* N. GRaMA-NO, *Trat tato deite Servitit,* II, 416 s.). Têm-se de considerar ou o título e a posse, ou a posse, e não é certo que não se possui se se possui com ônus para outrem.

A diferença de conteúdo entre o art. 509 (servidões contínuas não-aparentes e servidões descontínuas) e os arts.

697 e 698 (não aparentes; aparentes), sendo a proteção possessória só

eventual (porque há o final do art. 509:

“salvo quando os respectivos títulos provierem do possuidor do prédio serviente, ou daqueles de quem êste o houve”), vem mostrar que não se recebeu no sistema jurídico brasileiro o princípio * *O usucavivei é protegivel na posse* (~„ principio da protegibilidade possessória do usucapivel), nem o *principio da uszwapibilidade do (pie* é *protegível possessôriamente* .

Toda servidão que consta do registro é protegida na posse, se posse há. Tem-se, ai, enunciado que traduz o pensamento do direito brasileiro no que concerne à publicidade registária.

Resta saber-se se, tendo havido registro e posse, mas sendo retificável o registro *(e. g.,* não sendo dono do prédio serviente o que figurava como tal), pode ocorrer usucapião da servidão não-aparente que foi registada.

Os arts. 697 e 698 não deixam margem a que se entenda invocável o art. 698, quanto ao prazo, para as servidões não-aparentes; mas o registro *publica,* e servidão *possuida* e *publicada* não mais se pode considerar não-aparente, pelo menos para incidência de princípios sobre usucapião. Portanto, as servidões não inscritas somente podem ser usucapidas, se aparentes; as não-aparentes, podem ser usucapidas, se inscritas. É a usucapião tabular de servidões (posse + inscrição). O adquirente ou alguém de quem houve o direito tem de haver constado do registro como titular, indevidamente, e ter satisfeito os requisitos dos dez ou quinze ou vinte anos de que não somente fala o art. 698 como também o art. 550: se alguém deixou que outrem possuisse o prédio por dez‟ ou quinze anos, ou por vinte, conforme os arts. 551 e 550, não só pode ser atingido, por prescrição, nas ações reais, como a outra pessoa usucapiu; se alguém figurava, indevidamente, no registro como titular de servidão não-aparente, *e.* g., com titulo provindo de não-dono, o dono sofre a prescrição e não pode alegar a não-aparência de servidão que foi registada e possuída. A solução certa, portanto, é a de ser o art. 697

vedativo da usucapião da servidão não-aparente não-inscrita, mas permitente da usucapião tabular ou pelo registro. O efeito da usucapião da servidão inscrita é a aquisição do *direito* de servidão inscrito. Somente com o término do prazo para se usucapir é que se pode falar em aquisição do direito.

3.APROPRIABILIDADE DOS PRÉDIOS. Para que se possa constituir

servidão, é preciso que o prédio serviente e o prédio dominante sejam suscetíveis de apropriação. Se a bem não suscetível de apropriação a lei liga *algo* que seria do direito de propriedade de outro bem suscetível de apropriação, êsse elemento fica não suscetível de apropriação e é integrante de outro bem, e não servidão dele. Se o prédio serviente se torna inapropriável, extingue-se a servidão, salvo se a servidão se ressalva em lei.

Se não foi a lei, mas negócio jurídico, ou uso, que criou o direito e de *servitus* se trata, a servidão torna-se inapropriável, como o prédio dominante.

Se a lei permitiu que a respeito de certo bem ou de certos bens não-suscetíveis de apropriação se estabelecesse servidão, abriu exceção à inapropriabilidade, limitando-a.

Em bens inalienáveis não se cria servidão, quer por negocio jurídico quer por usucapião.

4.REGISTRO E SERVIDÃO. A aquisição das servidões não dependia de registro; tiMe depende hoje. O

grande inconveniente consistia em que a publicidade láctica é insuficiente; só seria de admitir-se a constituição sem registro, se notório o uso da servidão. Os que adquiriam imóveis não podiam ter certeza sobre serem sujeitos, ou não, a servidões. A respeito das servidões negativas, era evidente a imperfeição do direito comum.

O direito austríaco abriu o caminho ao regime registário das servidões. Fizeram-se necessários o *acordo* e a *inscrição.* Quanto à *nauta-pio servitutis,* o tempo opera como elemento de suporte láctico que se substitui ao acordo e aquisição, e não ao acordo e à inscrição.

A posse independe do titulo e do direito. Mas a situação de fato da servidão não-aparente não pode ser protegida conforme o art. 486, nem, tão-pouco, pode, se *falta o título registável,* ser registada. Resta saber se a servidão não-aparente pode constituir-se por usucapião. Negou-o CLÓVIS BEVILÁQUA *(Código Civil comentado,* IN, 246), com razão em parte, *de lege lata,* porque o art. 486 nada tem com a posse *ad usucapionem.* As servidões não-aparentes podem ser apropriadas segundo o art. 697; portanto podem ser objeto de posse. No possessório, não se discute o titulo; se há posse, que o dono do prédio serviente se defenda no plano do petitório, com a certidão negativa do registro, ou „prova que lhe equivalha. Mas, a propósito das servidões discontinuas e das contínuas não-aparentes (portanto das não-

aparentes, em geral, e das discontinuas aparentes) há o art. 509:

"O disposto nos artigos antecedentes não se aplica às servidões continuas não-aparentes, nem às discontínuas, salvo quando os respectivos títulos provierem do possuidor do prédio serviente, ou daqueles de quem este o houve". A servidão não se presume. Quem tem posse de servidão não-aparente está aposto a que se alegue a falta do título a que alude o art. 509, 23 parte (objeção do demandado) e o ônus da prova incumbe ao autor.

A servidão não-aparente não existe enquanto não está inscrita. A eficácia da inscrição começa da *protocolização* (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, arts. 200-202). As servidões aparentes existem como acontecimento do mundo láctico, que é conteúdo de posse; e não como acontecimento do mundo jurídico.

Em todo o caso, êsse dado fático, se consiste em servidão aparente, pode dar ensejo à usucapião da servidão (conceito jurídico), isto é, ao *direito de servidão,* em vez de simples *posse* & *servidão.* Para isso, basta o tempo de vinte anos (art. 698, parágrafo único), se não há título; ou de dez, ou quinze anos, se‟ o há, mais a boa fé (art.

698). Quanto às servidões não-aparentes, essas têm de resultar de inscrição; sem o registro não se pode constituir a servidão não-aparente e o art. 697 faz ler-se o art. 698 como se dissesse: "A posse incontestada e continua de uma servidão *aparente* por dez ou quinze anos, nos termos do art. 551, autoriza o possuidor a transcrevê-la em seu nome no registro de imóveis, servindo-lhe de título a sentença que julgar consumado a usucapião". Pode haver posse de servidão não-aparente, embora o art. 698 exclúa a apropriabilidade sem título registrado. Para que seja registrado, é preciso que seja registável; se é registável, basta que se protocolize o titulo no registro de imóveis para que a posse possa ser pedida (imissão de posse). A tendência épara se exclair qualquer formação do suporte láctico da servidão sem o registro, tal como ocorreu no direito suíço, cl. Código Civil suíço, art. 781, que o exigiu às próprias servidões aparentes.

li

5.TESTAMENTO E SERVIDÃO. A servidão pode ser constituída por testamento, incluindo-se na herança, ou em legado, ou sendo, por si, legado. Pode ser *motins* que o testador imponha a alguma deixa. Mais: pode ser em bem pertencente a herdeiro ou legatário, observando-se os arts. 1.679 e 1.704.

6.NEGÓCIO JURÍDICO BILATERAL. A constituição pode ser a título oneroso ou gratuito, incidindo os princípios gerais dos contratos e os peculiares a cada espécie de contrato. O art. 1.123 pode ser invocado, se é o caso, porque só se refere ao preço. Pode constituir-se por negócio jurídico bilateral que só seja. sobre isso, ou em cláusula negocial, ou em pacto adjecto. Na dúvida, tem-se por livre o prédio e apenas assumida obrigação pessoal. Enquanto, a respeito dessa, pode não ser mencionado o prédio serviente, para a constituição da servidão a indicação do prédio é elemento do suporte fático. O alienante de prédio pode reservar-se servidão; e disso cogitou a L. 34 (PAPINIANO), D., *de .servitutibus praediorum rusticorum,* 8, 3): é a *deduot~o servitutis.*

Se já existe estado fático de servidão e o alienante diz que aliena com a servidão ou as servidóes ativas que tem, sendo o dono dos dois ou mais prédios, porém sem se ter registrado servidão, tratando-se de servidão aparente, o que se transmitiu com a posse delimita o conteúdo da servidão, a que se alude, porém igualmente se não-aparente, porque se constitui um título e o art. 697 não é invocável contra isso. Não há terceira solução, que possa afastar a afirmativa e a negativa, qual a de se precisar dizer qual a servidão *(tigni immittendi, viae,* etc.).

Trata-se de provar o que se adquiriu e a servidão está incluída na aquisição. Se não há acordo de constituição que o registro de imóveis considere completo, há de decidir o juiz, com depoimento do alienante, testemunhas e pericias. A ação para se obter a explicitação necessária à inscrição é a declaratória.

Transação, dação *in solutum* e divisão amigável são negócios jurídicos que podem constituir. Igualmente, o compromisso.

A aquisição da servidão por testamento é, tratando-se de herança, segundo o art. 1.572. Tratando-se de legado, segundo os princípios: o registro é indispensável, para eficácia real.

Se houve pré-contrato de constituição de servidão, a ação segundo o art. 1.006 do Código de Processo Civil dá a sentença apta à inscrição da servidão.

A constituição de servidão por ato administrativo é constituição negocial, como as outras. Ato de autoridade administrativa não é sentença. Mas erraríamos se reputássemos de igual conteúdo tOdas as decisões administrativas que importam em deferimento dos requerimentos à administração pública, a despeito desse equivoco

termo “concessão” (“conceder”, “concedente”, “concessionário”), com que se cobrem tantos atos jurídicos diferentes. É possível que os pressupostos para se adquirir a servidão sejam pressupostos para que a administração *possa* deferir; é possível, todavia, que os pressupostos sejam para que se crie à administração o *dever* de deferir o requerimento (= para que *deva* deferir). Na segunda espécie, há no plano do direito público *ius servitutis habendae.* Não se pode receber o que se diz, em sistemas jurídicos estranhos, sobre a apreciação judicial, porque há, no sistema jurídico brasileiro, o art. 141, § 4ª, da Constituição de 1946 *(e. g.,* C.GIROLA, *Le Servitf.s prediali pubbiiche,* 305 s.).

O Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934, arts. 43-52, cogita de *autorização* e *concessão* de águas públicas, que atribuem ao outorgado direito real (art. 50). A figura é a da servidão *aquae hanstus,* tal como a recebemos da L. 20, § 3, D., *de servitntibus p*“*raediorum rusticorum, 8,* 3, e da *Pará frase* grega de TEóFILO. Na L. 20, §

3, POMPÔNIO apenas alude ao *jus hauriendi,* para dizer que tal direito não é pessoal, mas predial: “Hauriendi lus non hominis, sed praedii est” (cf. Decreto n. 24.643, art. 50: “O uso da derivação é real; alienando-se o prédio eu o engenho a que ela serve, passa o mesmo ao novo proprietário”; onde “engenho” está por “empresa”, cl. Tomo XV, §§ 1.799-1.802). O grego de TEóFILO é traduzido como:

veluti uti mihi liceat transire per tuum agrum, et ex fonte, qui apud te est, aquam haurire”. A *servitus itineris* estaria implícita (cl. ULPIANO, L. 3, § 3, O., *de servitutibus praedtorum rusticorum,* 8, 3; MARCELO, L. 10, *O., de servitutibus p*“*raediorum urbanorum,* 8, 2; C. F. WALCH, *Iihss. de Áquae hauriendae servitute,* ~ 4).

Nem sempre a servidão dos arts. 43-52 do Decreto n. 24.643 compreende a *servitus itineris:* pode ser servidão de apanhar água em rio aberto (PAULO, L. 2, O., *de rivis,* 43, 21; L. 33, § 1, O., *de servitutibus praediorum rusticorum,* 8, 3) ; pode ser servidão em rio público que limite ou corte o fundo favorecido.

É preciso que se não confundam as servidões e os direitos de uso comum do povo, subjetivados ou não, a que falta o elemento do prédio dominante.

7.NEGÓCIO JURÍDICO DE RECONHECIMENTO. O negócio jurídico declarativo (= de reconhecimento) pode e precisa ser inscrito para que se constitua a servidão; deve ter reconhecido a existência de posse

hábil à aquisição, ou a existência de relação jurídica, por título que agora falta (foi destruído, perdeu-se). O ato de reconhecimento de que fala o art. 172, V (interrupção da prescrição), pode não bastar, se é só ato jurídico stricto *sensu,* e não negócio jurídico. O negócio jurídico declarativo, recepticio, por parte do dono do prédio serviente, basta. Alguns autores objetam que, sendo abstrato o negócio jurídico de reconhecimento, não pode servir para a inscrição. Mas a constituição. de servidão, o *acordo de constituição* também o é. A *causa* havia de estar no negócio jurídico hásico, e não no acordo de constituição. O que é preciso é que se reconheça ter sido concluído êsse acordo, precisando-se de que servidão se trata. A constitutividade provém do acordo de constituição, e não do negócio jurídico de reconhecimento, que só *declara.* A eficácia pessoal é *ex time;* a eficácia real é a da relação jurídica *real* que se reconheceu (posse que determinou a aquisição, segundo o art.

698), ou ainda se vai iniciar com o registro (art. 697). A eficácia *erga omites,* antes, é absurda, se não se refere apenas à posse, que todos têm de conhecer, porque é acontecimento do mundo fático (sem razão, G. SToLFI, Natura giuridica deI Negozio di accertamento, *Rivista di Diritto processuole civile,* 10, *1,* 140 s.).

Há servidões que podem ser constituídas pelo dono do prédio em usufruto se não se fere, com isso, direito do usufrutuário; *e.* g., a servidão *altius non toilendi.* Dá-se o mesmo em relação ao prédio em uso, ou em habitação. As servidões que têm como conteúdo non *.fa.cere* raro precisam de assentimento do usufrutuário, do usuário ou do habitador. Se o usufrutuário, o usuário ou o habitador tem de fazer melhoramentos tais, necessários *(e.* g., por lei), que impliquem ser-lhe ofensiva a servidão a constituir-se, precisa o dono do prédio do assentimento do usufrutuário, do usuário ou do habitador.

8.SERVIDÃO SOBRE PRÉDIO COMUM AO OUTORGADO. Se há condomínio, a servidão que se atribui, por vontade de todos, a prédio de um dos condôminos sobre o prédio comum pode ser inscrita. Na L. 11, D., *de servitutibus praediorum rueticorum,* 8, 3, Caso disse: “Per fundum, qui plurium est, lus mihi esse eundi agendi potest separatim cedi, ergo suptili ratione non aliter meum fiet ius, quam si omnes cedant et novissima demuzn cessione superiores omnes confirmabuntur: benignius tamendicetur et antequam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso iure non posse”. Nenhum dos condôminos poderia constituir; todos o podem e a servidão é em prédio parcialmente, pela indivisão, próprio. A servidão apanha, então, todo o prédio. Enquanto não se manifestam todos, o

suporte láctico é *insuficiente:* não houve constituição de servidão. Dizer-se que já existe servidão sob condição suspensiva é absurdo em que incorreram L. CovIELLo *(Le Servitii prediali,* 262) e A. BUTERA (DeIle Servitú stabilite per fatto dell"uomo, *Ii Diritto Civile italiano,* Parte V, 111, 3□a ed., 357 sj.

Só um dos que necessàriamente tinham de consentir consentiu: ainda que o outorgado aceite, não se perfez o acordo de constituição.

Resta saber-se se a manifestação de vontade do que acordo, ou as manifestações de vontade dos que acordo são revogáveis e quais os seus efeitos.

A irrevogabilidade é inconcussa. O que importa é a eficácia *real.* Não há tal eficácia, em direito brasileiro, porque ainda não se perfez a constituição da servidão. Lendo a L. 11, O., *de servitutibus praediorum rusticorum,* 8, 3 (CELSO), e a L. 18, O., *communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum,* 8, 4

(PAULO), alguns juristas pensaram em eficácia real ou *erga omnes,* embora inexistente para os condôminos discordantes e os sucessores eventuais. Erradamente. Lá não está a eficácia real, mas a eficácia para o manifestante da vontade ou os manifestantes da vontade e seus sucessores (certo, LINo SALIS, La Comunione, em F. VASSAI~LI, *Tratatto di Diritto Civile italiano,* 158 s.). Tal início de constituição é irregistável (sem razão,

A. CICU, *Servitú predial,* 229; G. BRANCA, DeIle Servitti prediali, *Commentario,* IN, 502). Se êsse ou esses condôminos obtêm as partes dos demais, podem registar. Se os outros obtêm a parte do manifestante ou as partes dos manifestantes, dá-se o mesmo. Se a situação permaneceu a mesma durante o tempo para a prescrição da ação pessoal, não se pode obrigar o condômino a respeitar o pacto em que consentira.

Na constituição de servidão a favor do fundo comum, o condômino, que adquire a servidão, *a)* adquire-a para o prédio, pois *b)* presume-se com poderes dos demais condôminos. Se não cabe *b),* a servidão pode ser, com a divisão e o registro, atribuida à sua parte, que aumentou, aliás, de valor (art. 707).

1

9.DIFERENÇA DE TRATAMENTO DAS SERvIDõES APARENTES E DAS SERVIDÕES NÃO-APARENTES. A diferença de tratamento entre as

servidões aparentes e as servidões não-aparentes, nos arts..

698 e 697, respectivamente, atende a que, ali, se, a respeito dos atos de posse derivada, que não seja a do titular do direito de servidão, a posse se manifesta exteriormente e o proprietário não pode ignorar o que é ato do enfiteuta, do usufrutuário, do usuário, do habitador, a respeito dos atos que podem ser posse ou uso de servidão, aqui, nem todos aparecem e pode ignorar que os *tolera* ou que corresponde ao seu *nota facere* o uso pelo que pretende adquirir pelo uso. Nas servidões, o conteúdo é restrito, às vêzes pequeníssimo, de jeito a se tornar imperceptível pelo proprietário do prédio serviente. Daí a regra jurídica, que abrange todas as servidões, aparentes ou não, e merece tOda a atenção: os atos que o estranho pratica, embora vizinho, não se têm como atos de uso de servidão, porque é preciso que haja algo de visível e permanente, que corresponda, no mundo fático, que é o mundo em que se passam os atos possessórios e de uso, ao que, no mundo jurídico, seria exercício do direito de servidão.

Diz-se no art. 696: "A servidão não se presume"~. Portanto atos tolerados, até que se prove serem atos que correspondem, no mundo fúctico, a atos de exercício de direito de servidão, não são tidos como atos de uso que permita a aquisição da servidão aparente, conforme o art. 698; nem atos tolerados que correspondem a atos de servidão não-aparente se têm como atos de uso de servidão, se a servidão não foi inscrita. A inscrição é indispensável à existência de direito de servidão (art. 697; Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art.

178, *a), X).* Os atos podem engendrar o direito de servidão aparente, se se perfaz o prazo do art. 698; o direito de servidão aparente ou não-aparente pode existir, com a inscrição, se bem que não haja atos que sejam de exercício do direito. O não-uso pode determinar a perda do direito (= extinção da servidão), segundo o art. 710, IN; mas a perda é *ex nune.*

Ainda em se tratando de servidões aparentes, tem-se de indagar se os atos não são apenas tolerados (cp. art.

497) ; se são tolerados *iure .familiaritatjs* (cf. L. 41, *O., de adquirenda vel amittenda possessione,* 41, 2), não se pode pensar em aquisição pelo uso.

Alguns sistemas jurídicos só entendem aparentes as servidões que consistam em obras visíveis e permanentes.

Mas a visibilidade e a permanência pode não ser de obras. Não é

visível o que é clandestino, mas nem todo visível consiste em obra. Basta que haja atos instrumentais que componham a figura correspondente à do direito de servidão, quando exercido. Atos ambíguos não a perfazem; *aliter,* o plantio de árvores, o apanhar de água, a passagem diária, se visível, ou em dias de serviço, se visível, a passagem subterrânea que começa no terreno do vizinho ou nêle acaba, visivelmente.

Surge o problema de se saber a) se a visibilidade é o ser perceptível, visualmente, pelo *dono* do prédio serviente, ou *lO* se precisa ser o ser perceptível por *terceiros.* Se a) fOsse verdadeiro, seria aparente a servidão de caminho que, partindo do prédio dominante, subterrâneamente, fOsse desembocar, subterrâneamente, no prédio serviente. Só o *dono* do prédio dominante e o *dono* do prédio serviente a veriam. Se *b),* a visibilidade há de ser para quem quer que seja, de fora do prédio. Aí, visibilidade = publicidade. Há conteúdos de servidão a que não bastam os outros crerem que há servidão; e há conteúdos de situações, a que os terceiros não atribuem caráter de conteúdo de servidão, e são conteúdos de servidão. Mas a aparência há de ser para todos os que estariam em relação de domínio ou de posse, a respeito do prédio serviente, durante o tempo a que se refere o art. 698. A aparência não é requisito subjetivo, mas sim objetivo. Entre dois prédios, ambos com muros altos, entre os quais há servidão de passagem, essa é aparente se qualquer proprietário do prédio serviente, em qualquer momento, ou qualquer possuidor (enfiteuta, usufrutuário, usuário, habitador, locatário) teria de *vê-la,* sem precisar de pesquisas ou de verificação de pontos de pouco acesso.

À visibilidade há de juntar-se a atividade que corresponda a exercício da servidão de que se trata. Se há visibilidade sem qualquer uso, falta elemento ao suporte fático da aquisição segundo o art. 698. Daí o ônus da prova que tem o pretenso adquirente, quanto A visibilidade e quanto à atividade. O uso há de ser de servidão aparente. O mesmo que se exige à servidão constituida para que não se extinga o uso exige-se ao queafirma ter adquirido a servidão aparente, para que seja verdadeira a sua afirmação.

Quando, em vez da expressão “uso”, ou “exercício”, se emprega a expressão “posse”, o conteúdo delas é o mesmo; apenas, no sistema jurídico brasileiro, se tem de atender a que no sistema jurídico brasileiro se abstraiu do *animus* e do *corpus: a* posse da servidão é posse imediata, ou mediata, conforme a exerce o que tem posse imediata do prédio dominante, ou quem tenha posse mediata, como o dono do prédio dominante, que o aluga, o enfiteuta, ou o usufrutuário,

que o aluga, ou o locatário, que subloca. Somente o que tem posse de dono, ou de enfiteuta, ou de usufrutuário, de usuário, ou de habitador, pode apegar aquisição pelo uso.

Se durante o tempo do art. 698 houve mudança quantitativa do conteúdo da servidão usada, a aquisição só se opera quanto ao conteúdo que teve permanência durante todo o tempo. Todavia, pode dar-se que os atos de uso sejam alternativos, por motivo de comodidade, ou de maior seguridade, ou para se evitar desgaste, ou perecimento; então, a aquisição da servidão é de tOda a quantidade dentro da qual se opera a alternatividade, *convmodi,datjs causa.*

No art. 698 fala-se de posse incontestada e contínua, e não de servidão contínua. Como em velhas doutrinas se pré-excluia a aquisição, pela posse, de servidões aparentes discontínuas, há tOda conveniência em se evitar a influência de teorias provindas de outros sistemas jurídicos.

O adquirente, nas espécies do art. 698, pode ser pessoa jurídica de direito público e pode ser o povo *(2.*~ Turma do Supremo Tribunal Federal, 8 de junho de 1947, *R. F.,* 116, 120:

.... êrse uso permanente, sem intervenção do proprietário, torna pública a estrada, não em favor de determinadas pessoas, mas de todos, indistintamente, que nela transitam").

10.DESAPROPRIAÇÃO E CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO. No Decreto-lei n. 8.865, de 21 de junho de 1941, art. 40, disse-se:

"O expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma da lei". A indenização é prévia, em dinheiro, conforme exige a Constituição de 1946, art. 141, § ~fi, lY parte. Aí, constitui-se, não se desapropria servidão: a entidade desapropriante "desapropria" elemento com que se componha .o conteúdo da servidão, o que é diferente de se desapropriar servidão, isto é, direito constituído de servidão.

As servidões por desapropriação têm de ser por sentença, constitutiva, portanto, respeitados o art. 141, § 16, 1~a parte, da Constituição de" 1946 ("É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro) e as leis especiais. Na sentença tem-se de estabelecer a modalidade da servidão. A indenização é, por exigência constitucional, prévia.

A referência a servidões legais; que afetou a doutrina, proveio dos

livros franceses, que confundiam, com o mau exemplo do Código Civil francês e dos Códigos Civis que o copiaram, contra a tradição romanística e a ciência, servidões e direitos de vizinhança. Fora das servidões oriundas de negócio jurídico ou de usucapião (art. 698), há, certo, servidões que resultam de desapropriação, com atribuição do direito real limitado ao particular, ou a pessoas de direito público, como particulares. A desapropriação é modo de perda; não de aquisição: a aquisição" rege-se por outros princípios, ai pela lei, devido ao interesse social em que se funda para se atender à necessidade de particulares ou do Estado. Não se trata de *limitação* ao conteúdo do direito de propriedade, mas de *restrição* (cf. Tomos VI, § 658, XI, §§ 1.163, 1, 2, 1.164, 1.215, XII, § 1.891, XIN, §

1.481, 2, 1.528, 2). Quando a lei estabelece limitação ao conteúdo do direito de propriedade, ainda no interesse de proprietário vizinho, não constitui servidão: regula o direito de propriedade. O conteúdo de tal direito abrange a continuidade espacial e suas irradiações. Só há servidão coativa ou por desapropriação quando o Estado *restrita ge,* em vez de *limitar* o conteúdo do direito de propriedade sobre o prédio. No direito brasileiro, o direito de que tratam o Código Civil, art. 567, e o Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934, arts. 84 e 85, entra no conteúdo do direito de propriedade do prédio favorecido, ao passo que é meio de restrição a constituição de servidão, por desapropriação, a que se referem os arts. 117-138. A necessidade, nos arts. 117-138, nada tem com a *vizinhança.* Ésse é o ponto principal, no assunto. A ação para proteger aquele a que a lei atribuiu direito de vizinhança é a negatória, não a confessória (L. 8, § 5, li, *si servitus virtdieetur vel ad alium pertinere negetur,* 8, 5); a ação para proteger aquele que tem servidão é a confessória: aquela é a ação que pode propor quem alega infração dos arte. 84 e 35 do Decreto n. 24.643; essa, a que há de propor quem tem servidão por força de negócio jurídico, usucapião ou desapropriação (Decreto n. 24.643, arts. 117-138). O direito, nos arts. 34 e 35 do Decreto n. 24.643, surge *ipso iure,* integrando-se no conteúdo do direito de propriedade, razão por que se pode intentar a ação declaratéria ou a negatória. Nas espécies dos arts. 117-138, não: é preciso que preceda o ato constitutivo sentenchi. Quem, nas espécies dos arts. 34 e 35 do Decreto n. 24.648, já tem a posse do prédio ou da passagem do canal pode continuar de exercer o direito de vizinhança, embora ainda não haja indenizado (a expressão "prévia" do art. 567 do Código Civil não aparece nos arts. 34 e 35 do Decreto n. 24.643). Não se dá o mesmo quanto a quem está na mesma situação de utilizar o fundo alheio, mas as espécies entram nos arts. 117-138 do Decreto n. 24.648. Aqui, antes do ato constitutivo sentencial não há servidão. Se, antes de transitar em julgado a sentença, o autor da ação ou futuro

autor exerce atos de titular do direito servidão, pratica atos que correspondem ao exercício de direito que ainda não existe. Tais atos são *ilícitos.* Se vai fazer obras, ou se as fêz, expõe-se à nunciação de obra nova e à demolição.

Nas espécies dos arts. 117-138 do Decreto n. 24.643, se o dono do prédio sobre o qual se quer constituir a servidão propõe *ação negatória,* pode o réu reconvir com o seu *ins servitutis h.abendae:* a sentença, que julgasse procedente a ação negatória e condenasse o réu à indenização dos danos até o dia em que transitasse em julgado a sentença, teria de deferir o pedido reconvencional de constituição da servidão. A isso ébsta, todavia, o art. 192, V, do Código de Processo Civil.

Não teria possível construir-se a servidão de aqueduto como direito de vizinhança. Nas espécies dos arts. 117-138 do Decreto n. 24.643 não há irradiação material do conteúdo do direito de propriedade. Há apreciação de interesses, que a lei levou em conta para atribuir a um proprietário a pretensão *ad servituter» habendam* e impor a outro a *obligatio propter rem.* A pretensão é imprescritivel: uma vez que os pressupostos continuam satisfeitos, a pretensão constitutiva permanece. Os arte. 117-188 do Decreto n. 24.648 não falaram da imprescritibilidade, à diferença do art. 85, § 2.0; mas a omissão é inoperante. Trata-se de direito formativo gerador. (Fala L. BARASSI, *1 Diritti reali lintitati,* 257, de *faculdade,* mas o erro é evidente.) A sentença, nas espécies dos arts. 117-138 do Decreto n. 24.648, é *constitutiva.* A declaratividade é eficácia mediata (questão prévia). Imediata é a eficácia da sentença no tocante ao mandamento; não, quanto à indenização, que funciona, aí, devido a ser prévio o pagamento, como questão prejudicial.

A ação de desapropriação é constitutiva negativa (Tomo XIV§ 1.625, 1): AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO

A ação dos arts. 117-138 do Decreto n. 24.643 não se afasta de tal estrutura. A eficácia é *ex nuno.* Bastaria isso para mostrar quão absurdo é crer-se declarativa. A indenização não se determina na sentença; não há condenação a indenização:

o que teria de ser pago já o foi e o julgamento declara-o. Por outro lado, seria absurdo cogitar-se de condenatoriedade: a sentença que condenasse a indenizar seria contraditória, porque a indenização há de estar paga antes. Há contraprestação prévia. considerada pela Constituição de 1946, art. 141, § 16, 1.a parte. e pela lei (Decreto n. 24.643, art. 117: “A todos é permitido canalizar pelo prédio de outrem

as águas a que tenham direito, mediante prévia indenização ao dono deste prédio: a) para as primeiras necessidades da vida; *b)* para os serviços da agricultura ou da indústria; *e)* para o escoamento das águas superabundantes; *d)* para o enxugo ou bonificação dos terrenos"). Se a sentença infringiu a Constituição de 1946, art. 141, § 16, 1,a parte, e a, lei, é *rescindível,* dentro do prazo preclusivo do art. 178, § 10, VIN, do Código Civil. A ação para receber a indenização, que não fora paga, não prescreve no prazo comum das ações pessoais (arts. 177, 1.~ parte, e 179) ; mas, sim, no prazo do art. 178, § 10, IX (Tomo VI, § 715). É preciso que se não confunda a prestação *prévia,* a que se alude na servidão por desapropriação, e a prestação pelo exercício da servidão, que somente poderia resultar de negócio jurídico, espécie em que incide, não o art. 178, § 10, VIN, nem o art. 178, § 10, IX, mas o art. 177, □

2 a parte (art. 179), por se tratar de obrigação que há de constar do registro e *propter rem.* Adiante, ao versarmos o assunto das servidões em suas espécies principais, exporemos o direito a respeito da servidão de aqueduto (§ 2.211).

A alguns autores, principalmente italianos, se bem que concebam a obrigação, em caso de contraprestação pelo exercício, como *propter rem,* a alusão *à exeeptio nau adimnpleti contractus,* que aí é conceito heterotópico, leva a dizerem que o adquirente do prédio dominante nada tem com os inadimplementos anteriores, nem o do dono do prédio serviente com o que seria devido ao dono anterior. É de afastar-se tal assimilação às obrigações pessoais.

11.AQUISIÇÃO PELA POSSE DA SERvIDÃO SEM REGISTRO.

A aquisição de que trata o art. 698 do Código Civil tanto aproveita aos prédios particulares quanto aos públicos, ainda aos de uso comum do povo. A Assim, se as pessoas que têm o uso do jardim ou da piscina, sempre, durante o tempo do art. 698, utilizaram a água do prédio particular vizinho, entende-se que o Estado utilizou, por intermédio delas, a água. Se o bem é de todos, a aquisição é pelo povo, como foi a do prédio.

As servidões não-aparentes somente se podem estabelecer pelo registro; de jeito que nem o uso nem a destinação têm qualquer significação eficacial, no plano dos direitos reais, antes do registro. A exceção que se abre a respeito das servidões aparentes é quanto ao uso pelo tempo do art. 6.98. Quanto à servidão por *destinação dos prédios* ou *do prédio dividendo,* temos de construir a figura, respeitados,

rigorosamente, os princípios do sistema jurídico brasileiro, *depois dos arts. 676,* 697 *e* 698. Teremos ensejo de ver que, a propósito de servidões aparentes e servidões não-aparentes, a distinção aqui só nos interessa como elemento para a interpretação do negócio juridico cujo registro se pede.

Ao tempo em que se não exigia o registro, em se tratando de servidões por destinação dos prédios ou do prédio dividendo,o problema era diferente: tinha-se de saber se constituía direito *real* o ato-fato jurídico de destinação, independentemente de qualquer registro.

O art. 697 rege as servidões não aparentes, dizendo que não se estabelecem sem a inscrição no registro de imóveis. O art. 698 rege as servidões aparentes para lhes permitir a aquisição pelo uso durante o tempo que êle marca. Alguns juizes tiraram do art. 697, por argumento a *contrario sensu,* que as servidões aparentes se podem adquirir por outros meios. Ai o erro máximo *(e. g.,* 4.ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 27 de agôsto de 1937, *Á. .7., 44,* 447; 3ª e 4ª Câmaras Cíveis, 7 de julho de 1938, 48, 417; 23 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 25 de julho de 1944, *R. dos T.,* 152, 649).

Antes de expormos o direito brasileiro, tal qual é após a exigência do registro dos direitos reais limitados, aludamos, tendo em vista as referências repetidas da jurisprudência a texto de CORREIA TELES, ao que seria o direito anterior se o houvesse refletido, com fidelidade, aquele texto. Depois veremos qual era, em verdade, a solução, *no direito anterior.* Finalmente, após a crítica de alguns julgados, qual a solução do direito vigente, que tem por si doutrina da posse e doutrina sobre o registro dos direitos reais limitados, que faltavam aos juristas do século passado e faltam aos que não procuraram penetrar, fundamente, no sistema jurídico brasileiro.

(a)No direito anterior, escreveu CORREIA TELES *(Digasto português,* IN, § 449: "O destino que o dono de dois prédios deu a um deles em utilidade do outro, vale por título constituinte de servidão quando esta é continua e aparente". Firmou-se êle no Código Civil francês, art. 692 ("La destinatiOn du pêre de famille vaut titre à l"égard des servitutes continues et apparentes"), em arg. à L. 1, D., *de servitute te gata,* 33, 3, e à L. 15, §

1, O., *de usu et usu fructu et reditu et habitatiofle et operis per legatum vel fideieommissum datis,* 33, 2, e em texto de MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Tratado prático e compefidiário das Águas,* § 103, 57). O texto de MANUEL DE ALMEIDA E 50115k disse: "Se porém o senhor de dois

prédios superior e inferior vende o superior, donde provinham as águas para o inferior, ficando com êste, e na venda simples do superior não reserva as águas para o inferior, defende largamente o citado PECCH (íus) a n. 27 e o segue ODE (ius) supra n. 12 no fim, que neste caso fica o comprador do prédio superior com todas as águas, e livre arbítrio delas apesar do prejuízo do prédio inferior, com que ficou o vendedor. O mesmo se pode dizer quando se vende uma a metade do prédio, em que nasce, ou donde provém a água, e, ficando o vendedor com outra a metade, não reservou para si a água, e o aqueduto pela terra do comprador, donde provinha para a metade ou parte, com que ficou o vendedor ... Declarando o mesmo SILVA ... que isto só procede nas servidões discontínuas, e não nas continuas". Adiante: ..... o certo é que o senhor de (1018 prédios, de que a água superior corria para o inferior, ou o senhor de um, cujo todo regava com a água aí nascida, ou *aUunde* proveniente, a destinava para ambos os prédios distintos, ou para o todo". Mais: "Quando alguém comprou um prédio com todas as suas pertenças, o qual precisa de água, e com efeito se regava pelo vendedor, julga-se tacitamente convencionado que o prédio passe para o comprador no mesmo estado, em que o vendedor o possuía; e conseqUentemente nem o vendedor pode divertir a água destinada ao prédio vendido para prédios diversos, nem o comprador apropriar-se de toda ela em prejuízo daqueles prédios, com que ficou o vendedor, e que também se costumavam regar". A citação tem outro conteúdo que o texto de CORRETA TELES.

(b)Vejamos agora qual era, verdadeiramente, o direito anterior à exigência do registro das servidões. No último período do direito luso-brasileiro e no período brasileiro até 1864, podia-se pensar em servidão aparente que se estabelecesse por determinação do proprietário sem registro. A despeito disso, escreveu LAFAJETE

RODRIGUES PEREIRA *(Direito d,.zs Coisas,* 1, § 133, 355) "Se o senhor de dois prédios estabelece sobre um serventias visíveis em favor do outro, e posteriormente aliena um deles, ou um e outro passam por sucessão a pertencer a donos diversos, as serventias estabelecidas assumem a natureza de servidões, salvo cláusula expressa em contrário". Não tinha êle de preocupar-se com o registro, que já em 1864 se exigiu para eficácia *erga omnes?* Em 1916 (a começar em 1917), para eficácia *real.* Os juristas que jogaram a opinião de LAFAXETE RODRIOUES PEREIRA contra a de CLÓVIS BEVILAQUA abstraiam do Decreto n. 169-A, de 19 de janeiro de 1890, art. II", e do Código Civil, art. 676. E da legislação de 1864 (§ 2.221).

Imperdoável.

As opiniões relativas à desnecessidade do registro, emitidas antes do Código Civil, art. 676, são sem qualquer peso , porque o Decreto 169-A, de 19 de janeiro de 1890, art. 8.0, exigiu a transcrição *(stic)* para que a instituição de Ônus reais operasse seus efeitos a respeito de terceiros, e o Código Civil, no art. 676, disse que os direitos reais *constituidos* ou *transmitidos* por atos entre vivos só se adquirem *depois* da inscrição do referido título no registro de imóveis. O que, por exemplo, LAFAETE RODRIGUEs PEREIRA escreveu infringiu o Decreto n. 8.458, de 26 de abril de 1864, art. 264. Por isso, acórdão que diz, como o da 4□8 Câmara Cível da COrte de Apelação do Decreto Federal, a 27 de agOsto de 1987 *(A.J.,* 44, 447), não necessitar de registro a servidão aparente viola o art. 676 e o art. 698 (por exclusão). FILADELFO AZEVEDO *(Destinação do Imóvel,* 90-98) foi responsável por isso e quis dar-lhe foros de legalidade deixando de mencionar as servidões aparentes, ao tratar de inscrição (Decreto n. 4.875, de 9 de novembro de 1939, art. 178, a), X), fazendo tábula rasa do Código Civil, art. 676. Nenhuma lei revogou êsse artigo do Código Civil. Também errado o acórdão da Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Santa Catarina, a 30 de abril de 1945 *(d"do T. de A. de 3. C.,* 1945, 246).

(e)A destinação que importa em dação de *posse* de servidão (não se confunda com o *acordo de constituição* do direito real de servidão, nem com o *reconhecimento* de tal direito) fica no mundo fático e, entrando no mundo jurídico, é somente fato de *posse.* Analisando..se essa dação de posse, vê-se que o possuidor procedeu a retirada de elemento da sua posse sobre o imóvel para atribuir posse de servidão ao dono do outro prédio. Se a destinação se dá a respeito de prédio a ser dividido, ou que ocorre, depois, ser dividido, há discriminação de posse; bem assim, se se trata de destinação quanto a prédios do mesmo dono. MANUEL DE ALMEIDA E

SOUSA *(Tratado rético e compendiário das Águas,* 58), com aquela sagacidade sem par no seu tempo, frisou que, "supostos os efeitos dessa destinação, cessa aquela regra *lUa mea ,nihi non servit"* e acrescentou:

"Quem compra ou vende, quando não há outra expressão, olha a coisa no estado presente; e assim ambos os prédios, ou o todo de um com água, e, comprando um dos dois, ou parte de um, intenciona comprá-lo ou vendê-

lo com água, reservando parte para com o que fica. Esta, em falta de expressão, é a verossímel intenção; e, se a contrária de algum é oculta, fica dolosa, não a exprimindo".

Se o prédio é um ~ó mas já se destinou à divisão, é possível ao possuidor discriminar a posse. Dá-se, então, a posse *pro divisa,* de que alhures se cogitou (Tomo X, §§ 1.079, 3, 1.118. 5, e 1.143, 4). Nada impede que o possuidor do prédio discrimine a posse de uma parte e a posse de outra parte do prédio, porque se está no mundo fático. Nem que estabeleça, como possuidor de um prédio, fácticamente, servidão a favor de outro prédio. No momento em que transfere a posse do prédio dominante transfere a posse da servidão; no momento em que transfere a posse do prédio serviente, transfere tal posse como ela é, detracta a posse da servidão. Para a transferência da posse da servidão há o *acordo de transmissão da posse* (Tomos II, § 232, 2, e X, § 1.084, 9, 10). Quem aliena imóvel em que havia servidão ativa, transferindo a posse, transfere a posse da servidão e provàvelmente acordo em que se estabeleceu o direito real limitado. O *acordo de constituição* é inconfundível com o *acordo de transmissão da posse.* Se ainda não houve registro da servidão, não há direito real, de modo que não se pode pensar em transferência da propriedade com a *transferência* da servidão (direito real) : há, então, transferência da propriedade + transferência da posse + acordo de constituição. O adquirente do prédio dominante recebe a posse do prédio e a posse da servidão; pode, em virtude do *acordo de transmissão da propriedade,* fazer transcrever-se o título de propriedade e, em virtude do *acordo de constituição ,* fazer inscrever-se a servidão. Na jurisprudência, há confusões graves entre transferência da posse da servidão e transferência do direito real de servidão. Na espécie, há constituição do direito real de servidão, e não transferência. A destinação passa-se no mundo fático: pode ter sido *antes* ou *na ocasião* da alienação do prédio dominante. A posse pode ter sido discriminada *antes* ou só se discriminar *no momento* da transmissão da propriedade. O direito real de servidão, êsse, só se transfere se já existia como tal, isto é, se fOra feita a Inscrição; salvo se por fOrça do art. 1.572. Por isso mesmo, o acórdão da □

4 a Câmara Cível do Tribunal de

Apelação do Distrito Federal, a 27 de agOsto de 1937 *(R. 9.,* 73, 76), que, em transferência da propriedade, entre vivos, disse que, havendo canalização encravada (não -embutida), perfeitamente visível, a servidão se transmitiu aos compradores, independentemente de instrumento e de sua transcrição no registro de imóveis, lançou proposições temerárias:

houve, *ex hvpothesi,* acordo de transferência da propriedade e transferência, se sobreveio a transcrição, e houve transmissão da posse do prédio e da servidão, ou somente transmissão da posse do prédio e

dação de posse da servidão, se ainda não se havia estabelecido, fàcticamente, servidão; houve acordo de transferência do direito real de servidão se já fOra constituído, não precisando ser feita a inscrição porque já se fizera, ou acordo de constituição, que precisa ser inscrito. Acertadamente, as 3~a e 43 Câmaras Cíveis da COrte de Apelação do Distrito Federal, a 25 de janeiro de 1935 *(1?. dos* 2"., 109, 808), frisaram que, antes do registro, a obrigação, quanto à servidão, é só pessoal. Por isso mesmo, tanto é erro atribuir-se eficácia *real,* fora da eficácia possessória, à destinação de proprietário, *antes* da inscrição, como se negar qualquer acordo de constituição implícito ou explícito no instrumento de transferência de propriedade do prédio dominante, como fizeram a Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 16 de janeiro de 1938, *R.* 9., 78, 100, a 63 Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 5 de abril de 1946 *(Á. J.,* 78, 181) e 53 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 2 de abril de 1948 *(R. dos* 7"., 173, 890). A Câmara Cível do Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 6 de fevereiro de 1924 (E. 9., 42, 404), muito bem precisou: "As serventias existentes no imóvel em comum não se convertem em servidão pelo só fato da divisÃo". "Serventias" está, aí, por servidões fácticas, ou no plano das obrigações pessoais. O que as faz direito real é o registro, salvo se incide, o art. 698 ou o art. 1.572. Acórdãos que não se referem ao registro não devem ser interpretados como se o dispensassem *(e.* g., Câmara Cível da Côrte de Apelação de Minas Gerais, 20 de junho e 11 de novembro de 1936, *R.* 9., 68, 159, e 69, 132; 23 Câmara Cível do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 20 de maio de 1940, 84, 187; 8.8 Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 6 de janeiro de 1944, *R. dos T.,* 149, 707; E. 9., 99, 136; Câmaras Cíveis Reunidas, 3 de outubro de 1947, 117, 194; 1.a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 28 de fevereiro de 1944, 99, 478; Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 15 de setembro de 1922, *R. dos T.,* 44, 226, 24 de abril de 1923, 46, 361.; 1? de outubro de 1926, 61, 357, excelentemente, por ser acórdão escrito por jurista, SORIANO DE SousA: "As serventias instituidas sobre parte de um imóvel em benefício de outra, as chamadas destinações do pai de família, servem de título para a constituição tácita das servidões aparentes, entre as quais se devem colocar as de caminho, pois basta um sinal aparente e o uso freqUente para que como tal, isto é, como aparente, se considere a servidão", onde se há de frisar o "servem de título para a constituição tácita"; 53 Câmara Civil, 28 de julho de 1981, 80, 144; 13 Câmara Civil, 1.0 de setembro de 1949, 179, 811; 23 Câmara Civil, 16 de maio de 1950, 187, 298).

Alguns acórdãos se aproximam da solução verdadeira. Sirva de

exemplo o acórdão da 13 Turma do Supremo Tribunal Federal, a 12 de abril de 1943 *(R. dos* 7"., 152, 304) : "A destinação de proprietário é titulo constitutivo da servidão e pode ser admitida em nosso direito. A servidão de trânsito aparente, como a que decorre da existência de portão entre imóveis vizinhos, pode ser adquirida pela decorrência do tempo, sem a necessidade de transcrição" (aliás "inscrição"). A destinação de proprietário é título de posse; se é de interpretar-se que, alienando o prédio dominante, o proprietário não se recusou à inclusão da servidão fáctica, entende-se que acordo em que se inscreva, como acordo em que se transferisse a propriedade do prédio dominante; se é de interpretar-se que fêz a ressalva, então a continuação da servidão (posse pelo adquirente do prédio) é puramente *possessória* e pode, em virtude do art. 698, gerar o direito real de servidão.

Nem tinham razão CLóvís BEVILÁQUA *(Código Civil coinentado,* IN, nota 33 ao art. 697) e outros em negar a servidão por destinação do proprietário; nem a têm os que dispensam a inscrição da servidão se destinação houve. O engano de uns e de outros está em não distinguirem a posse de servidão (a serventia, dizia-se) e o *direito real* de servidão, que só se estabelece com o registro, exceto nas espécies do art. 698 (posse durante o tempo a que o art. 698 se refere) e do art. 1.572. O art. 676 sOmente sofre as exceções dos arts. 698 e 1.572.

No sistema jurídico brasileiro, tal como hoje se apresenta, o que importa é responder-se a duas perguntas precisas:

a)Tratando-se de servidões aparentes não registadas, sendo dono do prédio dominante o dono do prédio serviente, ou sendo dividido o prédio, com servidão entre partes divisas, que se tornam bens distintos,

,entende-se que a alienação do prédio dominante ou da parte divisa beneficiada pela serventia, com a cláusula

"com suas serventias" (ou servidões), foi com *acordo de constituição* das servidões por determinação do proprietino? 19 Na mesma hipótese acima, se não houve qualquer cláusula que alude a serventias (ou servidões), atem-se como existente o *acordo de constituizaçâo* das servidões por determinação do proprietário?

À primeira questão é de responder-se com MANUEL GONÇALVES DA SILVA *(Commentaria,* IV, 79), afirmativamente: "... si in instrumento venditionis, seu divisionis apposita sit clausula *Cum omnibus accessibus, seu introitibus et egressibus".*

À segunda, se MANUEL GONÇALVES DA SILVA *(Commentaria~* IV, 28 e 79) tinha resposta negativa, dava-a positiva MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Tratado prático e com peridiário das Âguas,* 59): "... se em alguma (compra) se não vê esta cláusula costumada se subentende e sempre pelo costume geral, com que se presume que os contraentes se conformaram". No mesmo sentido, a doutrina dominante, pois uma coisa éter-se por implícito o acordo de constituição *(e. g.,* 2.0 Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Apelação de São Paulo, 10 de fevereiro de 1943, E. *dos* 7"., 146, 187) e outra afirmar-se que se dispensa o registro, se houve destinação. A destinação do proprietário é elemento fâctico que se soma ao domínio do prédio dominante que se aliena. Não se dispensa o registro, como se não dispensaria se o acordo de constituição não contasse com êsse precedente fletico.

Tudo se passa, portanto, no terreno da interpretação dos negócios jurídicos. Os argumentos contra a resposta positiva de MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA são, hoje, o de existir o art. 696, que diz não se presumir a servidão (Câmara Cível do Tribunal de Apelação da Bahia, 16 de maio de 1944, *1?. dos 7*". da Bahia, 86, 869), e o de não se poder admitir que se aliene sem se exprimir no instrumento o que se quis. Quanto ao primeiro argumento, o art. 696 veda que se presuma servidão direito real, e não posse de servidão ou serventia, e a regra jurídica contida no art. 696 já existia no direito anterior (COELHO DA RocHA, *Instituições,* II, 33 ed., 460; CARLOS DE CARVALHO, *Nova. Consolidação ,* art. 590), com base na L. 9, C., *de servitutibus et de aqua,* a; 84. Está-se a perguntar se, havendo, de fato, a serventia (servidão fáctica, posse de servidão) e sendo de interpretar-se o negócio jurídico de disposição, o acordo de transmissão de propriedade contém, implícitos, o de transmissão da posse da servidão e o de constituição do direito real de servidão. Quanto ao segundo argumento, as alienações podem estar em títulos interpretáveis com os usos e costumes e, na espécie, o adquirente recebe a posse, mais, com o acordo, o poder de inscrever a servidão. Muito bem disse a sentença do Juízo de Direito de Batatais (ALCEU CORDEIRO FERNANDES), confirmada pela 23 Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 20 de agôsto de 1940 *(R. dos* 2"., 182, 182) ..... do art. 697 do Código Civil não se pode concluir que existam servidões aparentes que não dependam de inscrição. De duas, uma. Constituída por título, êsse é levado a registro; constituída por usucapião..., a sentença que a julgar consumada será, também, inscrita".

No tocante ao registro, é êle indispensável, por força do art. 676 e do argumento ao art. 698, de modo que as questões acima versadas, referentes ao negócio jurídico hásico e ao acordo de transmissão da propriedade do prédio dominante, da transmissão da posse e de

constituição da servidão, nada têm com a questão da eficácia *real,* que depende do registro. O registro é a inscrição, porque a transcrição do título de transmissão da propriedade, que só se refere ao prédio dominante, não poderia conter gravame ao prédio serviente; tanto mais quanto a propriedade desse prédio pode ser transferida a outrem após a transcrição. Observe-se mesmo que, tenha sido inserta a cláusula "com as serventias", ou não tenha sido, ou.

até, tenha sido explícito o instrumento de alienação do prédio dominante no tocante à servidão por destinação do proprietário, o outorgante da transmissão do outro prédio nenhum óbice encontra até se inscrever a servidão

a que se lhe transcreva o título, dizendo-se livre e desembaraçado o prédio. A inscrição, após a transcrição do título do adquirente do prédio que seria o serviente, somente poderia ser feita com o acordo de constituição em que o adquirente figurasse.

A ação para a tutela da servidão por destinação do proprietário, *antes de ser registrada,* somente pode ser por ação pessoal ou por ação possessória (sem razão, a 23 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 22

de fevereiro de 1929, *R. dos 2*"., 70, 154, que já lhe atribuia a ação confessória; mas certa a 33 Câmara Civil, a 11 de maio de 1950, 187, 188, que reconhecia ao dono do prédio serviente a negatória).

No direito brasileiro, a destinação do proprietário somente tem o efeito que acima se lhe atribui se houve manifestação de vontade, ainda tácita, de constituir a servidão. Não se deve raciocinar, como acontece em sistemas jurídicos estrangeiros, com a afirmação de se tratar de estado de fato a que a lei atribuiu a constituição da servidão. Seria preciso que lei existisse a êsse respeito. A destinação não fêz surgir o direito real de servidão; a destinação *mais* o negócio jurídico em que o prédio foi considerado objeto *mais* (tàcitamente) a serventia fazem supor-se que, ao se transmitir a propriedade, se transmitiu a serventia *(acordo tácito de constituição do direito real).* Toda consulta ao direito francês e ao direito italiano infiltra no sistema jurídico brasileiro proposições estranhas.

Nada obsta a que, no momento de transferir a propriedade do prédio, o alienante, dono de outro, o faça dominante, ou faça dominante ao outro. Acordo de transferência e acordo de constituição coincidem, no tempo, se bem que a transmissão do domínio e a constituição do direito real possam não ser no mesmo dia *(e. g.,* um título foi

transcrito ontem, o outro, inscrito hoje).

Finalmente, tudo só se há de resolver investigando-se a *voluntatis ratio,* não a *legis ratio.*

12.DETRACÇÁO DE ELEMENTO . O dono do prédio, dividindo-o, pode estabelecer que um dos novos pré-

dios, que correspondem aos pedaços de terra, dê servidão ao outro ou a outros (Supremo Tribunal Federal, 19

de julho de 1932, *R.* P., 60, 35). Não é verdade, porém, que o Código Civil (o que escapou ao relator do acórdão de 1932) tenha deixado de incluir a espécie como um dos modos de constituir servidão o art. 695 foi de generalidade a toda a prova, pois só aludiu a perda, pelo proprietário, do elemento com que se compõe a servidão. O ato há de ser entre vivos ou a causa de morte. O que é mais importante no acórdão é que reconhece a repulsa ao * *Nemini res sua servit.* No mesmo sentido, a 23 Turma do Supremo Tribunal Federal, a 16 de outubro de 1946, *(Á.* .1"., 78, 285), onde, aliás, se faz referência *à destinatio patrii familias,* que seria apenas espécie, e a 13 Turma, a 1 de julho de 1948 *(O 11.,* 55, 253; *1?. F.,* 122, 87). As Câmaras Reunidas da Côrte de Apelação dc Distrito Federal, a 22 de novembro de 1923 *(R. 1"., 44,* 205), queriam que tais servidões fácticas só se tornassem servidões de direito quando um dos prédios passasse a outro proprietário, tão acordo estavam os juizes (Vntoftío DE SÃ PEREIRA, à frente), ao **Nemini res sua servit.* Destoante de tudo isso, a 2.8 Câmara Cível da Côrte de Apelação do Distrito Federal, a 6 de setembro de 1926 *(R. de* 2X, 86, 417), que não admitia qualquer destinação do proprietário. A 53 Câmara, a 28 de outubro de 1926, entendia que, vendido um dos prédios, "sem ressalva", se converte a serventia em servidão. Doutrina, essa, que não se há de admitir, porque a questão depende de *ire.terpretação do negócio jurídico* e de se saber se pode o título bastar ao registro O trecho de CORREIA TELES *(Digesto português,* IN, § 449) concorreu para se perturbar a jurisprudência, na vigência do Código Civil. Mas a doutrina verdadeira venceu.

§ 2.205. Registro e servidões

1.DIREITO REAL DE SERVIDÃO. A servidão inscrita (constituída) é direito real, portanto *erga omites.* Em

"todos" estão incluidos o dono do prédio serviente, o dono do prédio

dominante e os outros (terceiros). Só se extingue o direito real com o cancelamento, ou pelo perecimento total de um dos fundos, pela expiração do tempo para que se constituiu, ou pela realização da condição. Enquanto não se cancela o registro, a servidão subsiste como direito real.

A forma é a escrita, porque se tem de inscrever o título. Se de valor superior a dez mil cruzeiros, é de exigir-se a escritura pública (art. 134, II) - Pode ser em testamento, ou em partilha amigável ou judicial, ou em sentença de divisão do bem imóvel.

A sentença, na ação de usucapião de propriedade, é *declarativa* (art. 550). Também o é na ação de usucapião de servidão aparente: há o elemento declarativo da completitude do tempo, que fêz nascer o direito real e dá ensejo à inscrição do titulo,

ou ao cancelamento da que existia é à nova inscrição, se aquela não mais correspondia à ordem jurídica. Não há usucapibilidade de servidão não-aparente, salvo se fora registada (usucapião tabular) - O registro da sentença é registro do titulo.

2.SE É VERDADEIRO O PRINCIPIO DA POLARIDADE DE PROPRIETÁRIOS . Quanto ao **Nulli res sua servit,* o direito brasileiro não no tem mais, a despeito das expressões "pertencente a diverso dono" do art. 695.

Em quase todos os países, houve a reação a favor do princípio. Mas a melhor doutrina triunfou, aqui e ali, e tende a triunfar onde quer que se vejam, com atenção, os fatos da vida. O argumento mais forte, para os diferentes sistemas jurídicos, que entendem mantido o **Noti res sua. servit,* é o de que se precisa do *acordo.*

Todavia, cai tal argumento diante de outros: *a)* ao construírem-se, por exempIo, prédios de apartamentos, toda a teia de relações jurídicas anteriores à transcrição dos títulos dos apartamentos tem de referir-se à servidão sobre o prédio vizinho, também pertencente ao promitente da compra-e-venda aos comuneiros (contradição: o direito fiscal pode exigir a servidão de não construir até certo espaço e o direito civil impossibilitaria a inscrição da servidão) ; *b)* o vendedor de área, em que se pretende construir, deseja vendê-la, reservando-se saida para automóvel, se não pode inscrever a servidão, tem de esperar que se construa no terreno, ou vender a área ao incorporador, com duplo pagamento de impôsto de transmissão. Para evitar isso, JUNKER *(me Eigentizmerdieitstbarkeit,* 81) aconselhou o expediente de só se vender

parte; mas ~ como disfarçar-se a fraude à lei fiscal? (Contra, também, J. W. HEDEMANN, Zivilistische Rundschau, *Archiv $7 Rúrgerliches Rechi,* 31, 406 s.)

Verdade é, portanto, que nada obsta a que se inscreva a servidão, se há interesse do proprietário, que pretende, por exemplo, construir edifício de apartamentos, ou vender terreno para isso. A jurisprudência alemã acabou por afirmar a possibilidade da chamada servidão de proprietário. De nossa parte, sempre nos batemos por isso.

~ preciso atender-se a que titular do direito de propriedade só temporariamente é quem no momento o é e a que o mesmo se passa com o titular do direito real limitado. O proprietário e o futuro titular do direito real limitado, *agora,* constituem a favor do titular, *qualquer,* no presente e no futuro, contra o proprietário, *qualquer,* no presente e no futuro, e contra *todos.*

a. PRESSUPOSTO DA UTILIDADE DA SERVIDÃO . A servidão tem de ser útil ao prédio dominante, *pra edio utilis.* Se não oferece vantagem à utilização do prédio dominante, é ineficaz e registro e, pois, cancelável, porque não devia ser feito. Evite-se dizer que é *nula* a servidão, como faz MARTIN WOLFF *(Lehrbuch,* IN, 869) ; nulo poderia ser, por ter objeto impossível, o acordo, ou o ato jurídico unilateral (art. 145, II). O valor de afeição, especial ao proprietário atual, não faz *utilis* a servidão. O que importa são as qualidades naturais do prédio dominante, ou a sua destinação permanente. No direito romano, a L. 8, pr., D., *de servitutibus,* 8, 1

(PAULO), dizia não ser licito impor-se servidão de colhêr frutos, ou de passear, ou de ir comer em prédio alheio; mas hoje se sabe quão relativa é a utilidade: quem tem casa de campo pode achar conveniente que se permita fazer piqueniques à margem do rio do prédio vizinho, ou colhêr frutas no pomar que nêle há, ou jogar tênis, ou dar festas em certa parte, real, ou a determinar-se, do prédio (MAWrIN WOLFF, *Lehrbuch,* IN, 870; sem razão, J. RORLER, Beitrãge zum Servitutenrecht, *Archiv flir die civilistische Praxis,* 87, 170). A proibição de competência comercial ou somente profissional pode ser conteúdo de servidão se o prédio dominante está permanentemente, por sua estrutura, destinado a certa exploração industrial: a vantagem pode não ser natural, mas há de ser do *prédio* (assim se pode encontrar a linha de verdade ent e MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* IN, 370, e J. KoHLn, fleiti Age, *Arehiv,* 87, 174 s., que tinha por impossível constituir-se servidão de proibição de competêijMa, cf. *Saí.,henrecht,* 273).

Sublinha-se, na exposição do que os tempos hodiernos exigem às indústrias, que se teve de acentuar a função social da propriedade e há necessidade de se adaptar o domínio ao desenvolvimento econômico. Tudo isso para se justificar falar-se de "servidões industriais" (por exemplo, A. GIovENE, *La ServitiZ industriale,* 25 s.). Ora, não só, com a terminologia rigorosa do direito, se pode dar entrada a essas incursões novas, enriquecendo-se o sistema jurídico, desde que se proceda a prévia classificação, como também o conceito de servidão é, na maioria dos casos, contraindicado. Se algum dos pressupostos necessários para se compor o direito real limitado falta, não há pensar-se em direito real limitado. Tratar-se-á de direito limitativo, ou de ônus real, e não de direito real limitado. Se todos os pressupostos convergem, então se há de investigar *qual* o direite real limitado que se compôs. O elemento da *utilitas* a um prédio, em detrimento de outro, não basta, pois a obrigação pessoal de tirar água (por exemplo) pode ser tão útil a um prédio quanto a servidão *aquae haustus.* A utilidade tem de ser permanente e colar-se ao fundo, donde ter-se falado em *qual itas fundi.* Não se diga que a utilidade da empresa não é, sempre, utilidade do prédio, porém não se vá ao extremo oposto de afirmar que a utilidade da empresa se imprime, sempre, ao prédio. A utilidade da empresa pode se conceber ou se tornar utilidade do prédio, tanto quanto o prédio se pode reformar conformar ou deformar para a sua destinação industrial. Pan. que haja servidão industrial é preciso, primeiro, que haja *servidão.* Se não há servidão, não há servidão industrial. Alguns autores invocam os conceitos de principal e acessório, para se admitir que exista servidão industrial se o fundo é principal e acessório a indústria, mas a impertinência do fundamento ressalta: o fundo pode ser elemento ínfimo da empresa e estar profundamente atingido pela destinação (no que P.

BONFANTE, Criterio fundamentale dei rapporti di vicinato, *Scritti giuridici,* li, 364, não atentou).

4.SEavínXo CONSTITUInA COM EFICÁCIA NO FUTURO. A servidão pode constituir-se desde já com eficácia para quando se construa no prédio serviente (L. 19, D., *de servitutibus,* 8, 1, explicada em J. KOHLER, Beitrãge, *Árehiv flir die civili.sti.sche Prazis,* 87, 308 s.): "... potest imponi servitus de eo quod interest tunc, sed speratur interesse in futurum" (HÁRTOLO DE SÂxonnÁTo, ad L. 19). A glosa à *lez quoties,* L. 15, já dizia: "Tu dic quod in lege contraria non interer~t ttunc, quando servi-tua imponebatur, sed postes debebat intere5~e vel sperabatur". Há *deductio ad tem~pus, servitus ex temp*"*ores,* ou *ex concUcione* (cp. *Fragmenta Vaticarts.,* 50, e L. 20, § 2, *)n de servitutibus praedioruin urbaiwrum,* 8, 2, também de Po wPôNxo) -

5. UTILIDADE E EFICÁCIA. A utilidade há de também ser quanto à medida. Para além, é ineficaz. Ao~ui,, o negócio jurídico explícita ou implicitamente muito importa, porém êle-mesmo não pode fazer do inútil útil.

Questão de interpretação , em que se hão de levar em conta as instruções, 05 uso.5 e o próprio exercicio da servidão (cp- Código Civil suíço, at-t. 788, alínea 2.~). Mas tem-se de advertir em que se precisa enquadrar no útil possível, *in abstracto,* o útil negocialmen te lixado, *in concreto.*

6. CONSTITUIÇÃO NEGOCIAL DAS SERVIDÕES . Cumpre que se distingam: *a)* o negócio jurídico causal em *que* se acordo a servidão, bilateral ou unilateral (comPra--e-Venda, troca, doação, legado, etc.) ; *b)* o acervo de servidão, que, com o registro, a constituiu, acordo que é substituído pelo u~0 do bem da vida (caminho, pasto, luz, ar, etc.) durante certo tempo, no caso do art. 698; o) a promessa de constituir servidão, de que nasce obrigação de constituir, e não basta ao registro constitutivo. Nem sempre a servidão é tirada ao prédio de outrem; pode ser deduzida pelo proprietário, se, por exemplo, vende o prédio, deducta a servidão, que assim se torna serviente, OU já o era- Se o alienante conserva a instalação, que tinha, e é conhecida do adquirente, há-se de interpretar que a manteve Como servidão aparente (ei. E- HUBER, *fie Eigentitmerdieflstbttrkeit,* 59 *5.;* constituição implícita, *implied grant,* do direito inglês) - Em vez de promessa de constituir servidão, pode o dono do prédio desde já obrigar-se a tolerar, ou a omitir algo, que poderia ser conteúdo de servidão (MARTIN

WOLFE, *LehrbUOh~,* IN, 878). São negócios jurídicos inconfundíveis; podem coexistir, ou não. Pode ocorrer, até, que se tenha dado a posse ao promissário, sem se ter criado a obrigação; ou que se tenham concluído os dois negócios jurídicos, sem se ter dado a posse; ou que se tenha dado a posse, sem a promessa e sem o vinculo obrigacional de tolerância, ou omissão, desde já; ou que se tenha prometido, dado a posse e obrigado a tolerar ou omitir.

7.BENS USUFRUIDOS, DE USO E DE HABITAÇÃO. Se o usufrutuário, ou o usuário, ou o habitador consente, a servidão pode ser imposta pelo proprietário. Na L. 15, § „7, *in une,* D., *de usu fruotu*"*et quemadmodum quis utatur frua tur,* 7, 1, diz-se, atribuindo-se a

ULPIANO: “proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest”. MELo FREmE *(Institutiones,* IN, 166) repelia-o, como uma sutileza que não se ajustava a nossos usos, sem perder tempo em discuti-lo, o que lhe reprovou MANUEL

DE ALMEIDA E SOUsA *(Notas de Uso prá tico,* IN, 551), e sem examinar a literatura a respeito. O art. 717

diz que o usufruto só se pode transferir, por alienação, ao proprietário da coisa, mas o seu exercício pode ceder-se. Impor servidão é mais do que ceder exercício (cf. arts. 745 e 748).

Usufrutuário não pode constituir servidão sobre o prédio usufruído; nem o usuário, nem o habitador, nem o locatário.

Quanto a poder o usufrutuário adquirir servidão para o fundo, a questão embaraçou-se por falta de técnica no levantá-la ou no resolvê-la. O usufrutuário não tem tal poder de adquirir para o fundo, ainda que possa melhorá-

lo (fazer-lhe benfeitorias). Se exerce tal poder só o pode como gestor de negócios alheios, ficando dependente de ratificação o que acordo com o dono do prédio dominante, ou em estipulação a favor de terceiros *(cf. 11* 15,

§ 7, EX, *de usu fructu et quemi-idmodum quis utatur fruatur,* 7, 1; E. PACIFICI-MAZZONI, Tratatti degli Servitú prediali, *Codice Civil italiano commentato,* 121 a.;

L.COVIELLO, *Le Servitft prediali,* 267 a.; A. dcii, *Serviffe prediali,* 284 s.), ou a termo. Diferente, hoje, o Código Civil italiano, art. 1.078, 2a parte. A servidão a termo é possível. A situação do usuário e do habitador é a mesma.

8.EXTENSÃO DA SERVIDÃO E CONSTITUIÇÃO. Se há dúvida quanto à servidão e sua extensão, a despeito do título inscrito, que não é explícito, só há servidão *se* e *até onde* o escrito a determine. Se há alegação de servidão, o ônus de prová-la incumbe a quem a alega. O art. 696 do Código Civil diz: “A servidão não se presume”. A regra jurídica, que aí se contém, teve, com a exigência do registro das servidões, assaz diminuído o seu interesse, e remonta à L. 9, C., *de servitutibus et de aqua,* 8, 84: sed si te servitutem habuisse non probetur, toliendi altius aedificium vicino non est interdictum”. Temos, assim, simples regra jurídica sobre ônus da prova (ei. COELHO DA ROCHA. *Instituições,* II, 460).

9.AÇõES PARA A CONSTITUIÇÂO DE SERVIDÕES. As ações para que se constituam servidões ou são para exercício do direito formativo gerador de servidão, ou para a adjudicação judicial. Numas e noutras, há o negócio jurídico à base, porque, ali, exerce o titular do direito formativo gerador a pretensão constitutiva, o que é ato de exercício, e, aqui, a cognição e função do juiz resulta de ter de entregar a prestação jurisdicional. Para maior desenvolvimento, cogitaremos de tais ações nos Capítulos VII e VIN.

§ 2.206. Princípio da indivisibilidade das servidões

1.As REGRAS JURíDICAS DO CÓDIGO CIVIL, AR‟r. 707. Do

princípio da indivisibilidade das servidões resulta que, se se divide, ou se partilha, o prédio dominante, a servidão subsiste a favor de cada uma das porções sobre o prédio serviente (art. 707, 13 parte) - Se se dividiu, ou partilhou, o prédio serviente, sobre cada uma das porções recai o direito de servidão (art. 707, 2.8 parte), salvo se, por sua natureza, ou destino, só se aplicarem a certa parte de um, ou de outro (partes reais ou concretas). A divisão, ou partilha, do prédio dominante em nada atinge a servidão, quanto à sua existência e ao seu conteúdo. No caso de aumento do prédio dominante, é de indagar-se, in *casu,* se a servidão seria para o prédio, ainda aumentado, ou somente para êle como era ao tempo da constituição da servidão. Se o uso era em toda a coisa serviente, cada parte, ou, ainda, cada prédio, que fora parte, é dominante e exerce, totalmente, o direito de servidão. Há limite: o não ser excessivo o que se tira, com isso, ao dono do prédio serviente (regra jurídica *dispositiva;* no direito alemão, § 1.025, 1.8 alínea, 23 parte, *é interpretativa).* Se cai o que se deliberou em negócio jurídico, ou judicialmente, retomam a pretensão à regulamentação todos os interessados.

2.NÃO-USO E USO PARCIAL. As servidões têm conteúdo próprio, rígido, que não ~e confunde com o seu exercício. O exercício pode ser de toda a servidão, ou em parte, mas supõe a servidão tal qual é, com o seu conteúdo. Não exercer o direito

de servidão quanto a tudo que, pelo conteúdo da servidão, poderia ser exercido, é não-uso da servidão; mas exercer o direito de servidão somente quanto a algo que poderia ser exercido é uso da servidão. Daí emanam alguns princípios, inclusive o *principio da indivisibilidade das servidões* (art. 707). A servidão tem o conteúdo que se lhe indica no

título. Se aparente e adquirida pelo uso (art. 698), o uso continuo (a posse contínua, di-le melhor, porque o uso, fàcticamente, pode ser intermitente, se intermitente é por sua natureza) perfaz-lhe o conteúdo. Seja como for, qualquer ato de exercício, por mínimo que seja, o poder emanado do titulo ou o uso que se configurou pela função da servidão. O conteúdo dá os limites ao exercício: o exercício há de inserir-se na extensão marcada por esses limites; mas qualquer ato de exercício é exercício da servidão.

Lê-se no art. 707: "As servidões prediais são indivisíveis. Subsistem, no caso de partilha, em benefício de cada um dos quinhões do prédio dominante, e continua a gravar cada um dos do prédio serviente, salvo se, por natureza, ou destino, 80 se aplicarem a certa parte de um, ou de outro". O conteúdo da servidão é que lhe dá especificidade. O exercício maior ou menor, que nêle caiba, é exercício da servidão. O exercício que não cabe no conteúdo da servidão é irregular (cf. art. 160, 1, 23 parte). Se não há titulo, a posse a que se refere o art. 698

define o conteúdo da servidão aparente, ainda que alguns atos sejam menores do que o todo do conteúdo.

Todavia, é preciso exigir-se que o ato ou os atos que não abranjam todo o conteúdo da servidão sejam exercício dela, isto é, embora incompletos ou de atividade parcial, correspondam a algo do conteúdo. Quem tem servidão de *aqnae haustus* e, durante o tempo a que alude o art. 710, IN, vai até à fonte, sem apanhar água, perde-a. t o que se diz na L. 17, D., *quemadmodum servitutes ainittuntur,* 8, 6 (POMPONIO) : "Labeo ait, si is, qui haustum habet, per tempus, quo servitus amittitur, ierit ad fontem nec aquam hauserit, iter quoque eum amisisse".

Convém acentuar-se que a servidão não deixa de ser usada se algum fato de outrem, ou caso fortuito, diminuiu a possibilidade do exercício. Se A tem servidão de seis canos para apanhar água no prédio serviente e somente pôs um, ou dois, ou três, ou quatro, ou fechou, ou retirou um, dois, três, ou quatro, a servidão persiste com o inteiro conteúdo. Dá-se o mesmo se tenho servidão de vista para dez metros e apenas abro uma janela; ou se, tendo servidão para estrada de quatro metros, a abro de menos, ou, tendo-a aberto de quatro metros, a diminui.

Aliter, se o título diz que tem o dono do prédio dominante a servidão de que precise ao edificar; porque, então, edificando, lhe determinou o conteúdo.

A respeito das servidões negativas, o princípio da indivisibilidade da servidão suscita algumas questões que merecem exame. Seja, por exemplo, a servidão *non aedificanti* ou a *altius non toltendi.* O dono do prédio serviente edifica até certa altura, ou apenas em pequena parte do prédio, sem que se haja oposto o dono do prédio dominante. ~ Pode aquele alegar o não-uso durante o tempo a que se refere o art. 710, IN? Ou houve ofensa, ou não houve. Se houve, ofendeu-se a posse do titular do direito de servidão e o dono do prédio serviente esbulhou-a. Se não houve ofensa, por ser mínima a construção, que só se tolerou, não há pensar-se em esbulho da posse por parte do dono do prédio serviente, nem, portanto, em extinção da servidão pelo não-uso por parte do dono do prédio dominante. As soluções intermediárias, que se tentaram, como a de só se perder em parte a servidão (francesia intolerável que proveiordo erro de DOMAT na interpretação do direito romano) e a de se conciliarem-se os interesses, têm de ser repelidas.

8.EXERCÍCIO QUANTITATIVAMENTE MAIOR DA SERVIDÃO . Se a servidão aparente foi exercida pelo tempo mencionado no art. 698 do Código Civil, além do conteúdo dela, tal como fora determinado no título, os sistemas jurídicos, influenciados pela errônea interpretação que se insinuara no direito francês, respondem que se adquiriu o excesso. Mas, com isso, se fazia tábua rasa do art. 707. O excesso foi apenas tolerado (art. 497).

Se houve divergência quanto à extensão da servidão e o exercício correspondeu, durante todo o tempo, à versão que ao título dava o dono do prédio serviente, então sim: não houve tolerância, houve posse.

4.EXERCÍCIO DA SERvIDÃO NÃO CONFORME AO TITULO OU Á POSSE. a) O exercício da servidão em *tempo* que não é aquele em que se há de exercer o direito da servidão, *e. 9.,* apanhar água à noite, em vez de durante o dia, ou vice-versa,

não é ato de exercício, porque está fora do conteúdo da servidão conforme o título (L. 10, § 1, D., *quemadmodum servitutes amittuntur,* 8, 6; L. 18, prji. Não houve excesso, nem exercício parcial; houve exercício de outra servidão. Se, no titulo, foi estabelecido que a servidão seria a tantas horas, ou durante tais dias, ou meses, ou anos, fêz-se elemento essencial (pressuposto necessário, elemento do suporte fático) o *tempo.* O conteúdo foi temporalmente delimitado. Qualquer posse de titular de servidão, em momentos diferentes, não constitui uso da servidão que se estabelecera, mas de outra. Donde as

conseqüências: a)tal exercício não é óbice à extinção da servidão pelo não-uso (art. 710, IN); mas *b)* o possuidor dessoutra servidão pode adquiri-la (art. 698), ainda que perca a que tinha. Se o tempo não foi considerado elemento do suporte fático, e apenas se exerceu durante certas horas, dias, meses ou anos, o exercício *cabe* no conteúdo, que, *ex hypothesi,* não foi temporalmente restringido.

Nas servidões em que não é necessário iato do homem, não se pode pensar em uso temporalmente diverso sem fato que haja modificado as circunstâncias. É o caso do aqueduto que se conserva aberto durante todo o tempo.

Se o dono do prédio serviente o fechou, começa o tempo para o não-uso pelo dono do prédio dominante. Se só o fechou durante algumas horas, o uso pelo dono do prédio dominante continuou e só se pode interpretar que haja suportado o fechamento parcial, durante horas, dias, meses, ou anos, como tolerado pelo titular e possuidor da servidão (Código Civil, art. 497). Se a servidão era para ser aberto o aqueduto durante certo tempo, periodicamente , e o dono do prédio serviente o fechou, totalmente, passa-se o mesmo. Se lhe mudou as horas de abertura, há, por parte do dono do prédio serviente, atos tolerados pelo titular do direito de servidão. Sem entrar em pormenores, C. SCUTo *(Deile Servitiz prediali,* 308). Se alguma lei vem regular o tempo, por interesse geral, não há pensar-se em qualquer conseqüência a favor ou contra qualquer dos sujeitos ativo e passivo do direito de servidão (cf. A. BUTERA, DelIa Proprietá, *Ii nuovo Codlice Civile commesrtato,* XI, 224).

b) Se a servidão foi exercida em *lugar* diverso daquele que lhe foi determinado no título, ou que resulta da posse que perfez o prazo do art. 698, tem-se de indagar se a determinação de lugar foi como elemento do suporte fático da servidão. Tudo só passa como se disse a propósito do exercício fora do tempo: exerce-se posse correspondente a outra servidão. Com essa posse, pode-se adquirir servidão aparente (art. 698); com ela, pode-se incorrer em não-uso da outra. Se a determinação foi para simples exercício, está-se dentro dos limites do conteúdo da servidão, e o exercício parcial é exercício. No direito romano, a L. 6, D., *de servitutibus,* 8, 1, que se tirou de PAuLO, *ad edictum.,* dizia: “Ad certam partem fundi servitus tam remitti quam constitui potest”; e na lÃ. 21, D., *de servitutibus praediorurn rusticorum,* 8, 3, enunciava êle: “Si mihi concesseris iter aquae per fundum tuum non destinata parte, per quam ducerem, totus fundus tuus serviet”; mas (sed) e o fragmento é de POMPÔNIO (L. 22) “quae loca eius fundi tunc, cum a fieret cessio, aedificiis arboribus vineis vacua fuerint, ea sola eo nomine servient”.

c) Em se tratando de *modo de exercício ,* também Me pode ser elemento do suporte fático, de jeito que o exercício por modo diverso é exercício de outra servidão. Se o modo apenas concerne ao exercício, não: nem pela mudança deixa de usar a servidão, que tem, o dono do prédio dominante; nem pode invocar a posse para a aquisição segundo o art. 698.

5.EXAME DO CONTEÚDO DO ART. 707, 1.ª E 2ª PARTES. A indivisibilidade das servidões prende-se à própria natureza delas, segundo a concepção romana; porém nem todos os juristas assentam no mesmo fundamento para se revelar essa natureza das servidões (indivisibilidade do uso, indivisibilidade do conteúdo, intransferibilidade de parte, como, respectivamente,

F.EHRHARDT, *Pie Teilbarkeit der Servituten,* 24, UIILAND, *De iurt, Romani servitutum natura dividua veZ*

individuo,, 33 s., e A. VON SCHEURL, *Teilbarkeit ais Eigenschaft von Rechten,* 56 s.). Se há divisão do exercício entre comuneiros do prédio dominante, isso nM atinge a servidão mesma, como direito real limitado (A. „VON SCHEUtL, *Teilbarkeit ais Eigenschaft von Rechten,* 58 s., pensava em relação de solidariedade; B.

BUHL, *Die LTnteilbarkeit der Grunddienstbarkeit,* 45, em correalidade; porém não há resposta a *priori* e, seja qual for a relação jurídica obrigacional, não atinge a relação jurídica *real* de servidão). Não se precisa frisar que o fundar-se a indivisibilidade em serem sujeitos ativo e passivo do direito de servidão os dois prédios (A.

URBELORDE, *Die Lehre voiz den unteilba,ren Obligationen,* 8; J. G. REINZELMANN, *Die Un.teilbarkeit der Servituteu,* 11) é de repelir-se.

Na L. 32, *O., de servitutibus praediorum rusticorum,* 8, 3, é de AFRICANO “per partes nec adquiri nec imponi servitutes posse” (servidões não se podem adquirir nem impor por partes).

E.WINDSCHEID *(Lehrbuch, 1,* □

9 a ed., 1066, nota 17) leu a L. 8, § 1, D., *de servitutibus,* 8, 1, a L. 32, O., *de servitutibus praediorum rusticorum,* 8, 3, e a L. 6, § 1, O., *communia praediorum tam urbano*“*rum quam rusticorum,* 8, 4, como referentes a *partes servitutis* (com Me, A. VON VANGEROW, *Pandekten,* 7a cd., 1, 712; A. BRINZ, *Pandekten,* 1, 282) ; como *partes domiMi sc. praedii,* UHLANn *(De Zuna Romani servitutum natura Jividua veZ individuo,,* 5), En. SORRADER *(Civilistische Abhandlungen,* 286) ; W.

GIRTANNER *(De dividua, quae est praediorum servitutibus, natura,* 15), P. STEINLECI-INER *(Das Wesen der* iuris communio *und* luris quasi communio, II, 207) e H. DERNETIRG *(Pandekten,* i, 7A ed., 578). Se o prédio dominante e o prédio serviente têm dois ou mais donos, exercem todos ou sofrem todos a servidão. A servidão não se divide a despeito da pluralidade de titulares da servidão ou da pluralidade de donos do prédio serviente.

A afirmação de não se poder adquirir *per partes dominji,* nem perder, *per partes domindi,* a servidão, não se confunde com o outro princípio de indivisibilidade do exercício (Usus servitutis indivisus est). O art. 707

atenua aquele principio, admitindo em relação ao prédio serviente, não em relação à pluralidade de donos do prédio dominante ou do prédio serviente a localização da servidão em parte do prédio. Afas-, tou-se, portanto, o princípio de indivisibilidade *per partes praedii,* a que J. G. HEINZELMANN *(Lhe Unteilbarlceit der Servituteu,* 8 e 11 s.) chamara *princípio da indivisibilidade interna;* manteve-se o *da indivisibilidade externa.* Mas aquele mesmo não é uno: a indivisibilidade pode ser quanto ao *usus*

-conteúdo e quanto ao naus-exercício. Mais: a posse que resulta do exercício não precisa abranger todo êle.

Todavia, sempre foi de grande inconveniente enveredar-se por êsse caminho. Por outro lado, o art. 707 não só previu a aplicação da servidãoa parte de prédio serviente: cogitou de servidão que só interessa a parte do prédio dominante. Donde a conseqüência teórica e prática: quem fica com a parte, que tinha a vantagem, divide o prédio e exclui os donos das outras partes; quem fica com a parte, que servia, divide o prédio e fica com o gravame da servidão. Não se adquire *pro parte domii* a servidão, nem se sofre *pro partes dominii,* mas adquire-se *per partes predii* ou sofre-se *per partes predii.* A solução parece-se com a que defendia FItrrz DAvW *(Von der Unteilbarlceit der Servituten,* 22) no fim do século passado, caracterizando o que concerne ao conteúdo e o que concerne à finalidade da servidão.

Na L. 6, D., *de servitutibus,* 8, 1, diz-se que "ad certam partem fundi servitus tam remitti quam constitui potest". O direito restringe-se; não se divide *(J.* Runo, *Vertueh einer Flrklitrung der Fragmente Lez 2, 3, .4, 85, Dig. de verborum obligationibus, [45, 1],* 47; FRITZ DAVID, *T/on der Unteilbarkeit der Servituten,* 41). Cf. L.

6, § 1, O., *quemadmodum ser-vitutes amittuntur,* 8, 6.

Se a divisão do prédio dominante não coincide com a parte beneficiada pela servidão, a servidão continua como é, individida, salvo no que faz bem à parte a que não tocou qualquer parte da parte favorecida (sobre isso, quanto à crítica ao direito romano, ERNST FaExs, *Die Unteilbarkeit der Servituten,* 30 sj. Se a divisão corta, por exemplo, *per longitudirteim viae,* há dois ou mais *fundi servientes;* se fora da via, só um. Se a divisão corta, *per latitudinein viae,* o *predium serviena,* há dois ou mais fundos servientes; se fora da via, um só. A divisão do fundo serviente em que a servidão é por todo ele ou conserva a servidão em todos ou passa por multiplicação das servidões (art. 707, *verbis* "cada um dos [quinhões] do prédio serviente") - A multiplicação só se opera por ato posterior, porque, se se trata, por exemplo, de via, continua *per plures fundos* (cp. L. 18, D., *de servitutibus praediorum rusticorum,* 8, 3)-Se a serventia se torna sem ligação com a das outras partes, há tantas servidões quantas as partes servientes, feitas bens distintos, se se dividiu o prédio serviente. AI, a multiplicação exsurge, *ipso iure.*

Temos de atender a que o direito romano não tinha o registro dos direitos reais limitados e o ato de divisão tem de ser levado ao registro, com as necessárias menções no registro feito quanto ao prédio não-dividido e essa menção multiplica a servidão se ela se presta a isso.

Se os pressupostos do art. 707, 23 parte, ocorrem, isto é, se a servidão só é a favor de parte do prédio dominante, ou se só atinge parte do prédio serviente, a divisão, cortando o prédio em porções que compreendem porções servidas, ou serventes, e porções não-servidas, ou não-servientes, deixa continuar a servidão apenas a favor da porção ou das porções correspondentes às partes ou compreensivas das partes antes servidas, ou contra a porção ou as porções correspondentes às partes ou compreensivas das partes antes servientes.

No juízo da divisão tem-se de atender ao que acordo os autores, ou ao que, se nada declararam, estava nos *fatos* e é preciso que continue, para utilidade da nova situação que a divisão cria.

Se a divisão não altera o que era táctico, a respeito de serventia, não pode ser acoimada de injusta, salvo se já o era a situação fáctica.

Circunstâncias podem apontar que outra solução seria *melhor* que a situação táctica, que se quer continue.

Então, a alegação e a prova têm de ser examinadas pelo juiz, para que se resolva com equidade. Se alguém perde algo ou de qualquer modo é

lesado, cabe a fixação do quanto que se há de prestar.

Os poderes no tocante à *aplicação* do art. 707, 23 parte são de certo modo alargados pelos poderes inclusos no poder de divisão, que tem o juiz.

Aliás, o mesmo ocorre em relação ao juízo de partilha, ainda quando não tenha de dividir, pois é possível, em emergências relevantes, deslocar servidões e criá-las (criação negocial em juízo de partilha ou de divisão). O

assunto terá de ser versado mais de espaço.

Mas é conveniente, desde já, prestar-se atenção a que a incidência e aplicação do art. 707, *2~a* parte, quer no que concerne *à* dominação a favor só de parte ou de partes, quer no que concerne à serventia em parte ou em partes, nada tem com a alteração com fundamento em eqUidade, ou com a alteração por ato constitutivo do juiz, na partilha, ou na divisão, ou na execução forçada, como ato incluso no poder de execução. O assunto *é* de extremo prático e científico, sabre ser à altura mesma das recentes investigações sobre a carga de eficácia das ações e das sentenças.

Cumpre, ainda, observar-Se que a constituição da servidão

pode ser inclusa na executividade das ações executivas ou na executividade das ações de eficácia sentencia!

imediata executiva.

ESPÉCIES DE SERVIDÕES

§ 2.207. Servidões de caminho

1.“SERVITUS ITINERIS”, “SERVITUS ACTUS” E “SERVITUS

VIAE”. No antigo direito romano havia o *iter* (direitode passar a pé), o actus (direito de passagem do gado) e a *via* (direito de transportar). Os princípios *Qui iter habet, actum non habet, Qui actum habet, ei iter habei, Iter ei actum via in se continet* (Ia. 1, pr., O., *de servitutibus praediorum rusticorum, 8,* 3), que não se infiltraram no direito comum, foram atendidos pela doutrina luso-brasileira (MANUEL DE ALMEIDA E 5,0115k, *Nota-s de* Uso *prático,* IN, 569; BORGES CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal,* IV, 57) , com pequenas alterações e alargamentos

quanto ao conteúdo de algumas servidões ou à sua conceituação.

2.PRINCÍPIOS DO CÓDIGO CIVIL, ART. 706. O Código Civil enunciou os princípios romanos em dois, generalizados (art. 705:

"Nas servidões de trânsito, a de maior inclui a de menor ônus e a menor exclui a mais onerosa") - Hoje, em vez da casuística do direito anterior, o que importa é pesar-se o ônus das servidões, para se saber se uma está incluída na outra, ou se uma exclui a outra. Algumas Exemplificações continuam a ser úteis na economia dos nossos dias; mais ainda, algumas explicitações . Assim: a) quem tem direito de servidão *itineris* pode passar, ou ir até certo ponto do caminho, só, ou acompanhado de outras pessoas; quem tem direito de servidão *itineris* pode passar a pé, porém não a cavalo (LAPAIETE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas,* 1, 346, nota 3; prédios, se há de entender inclusa a última servidão (nas fazendas, tem-se como incluída no conteúdo da servidão *iter)*

e) quem tem servidão *itineris* pode ser transportado em maca, sofá, cama, ou cadeirinha, ou outro meio semelhante (não em coche, ou em carro, salvo na espécie *b), in. tine) ; á)* quem tem servidão *itinerie* pode fazer passar pelo prédio empregados, trabalhadores, que hão de trabalhar no prédio dominante; e) quem tem servidão *itinerie* usa-a quando quer, e às horas que entende, ainda sem necessidade (salvo exercício irregular do direito, art. 160, 1, 2.8 parte) ; *f)* quem tem servidão *itineris* não pode fazer passar animal (salvo na espécie b), *in tine) ; g)* quem tem servidão *itineris* e o caminho é de piso inadequado a calçado ferrado, ou a calçado de pinos para jôgo, ou escalada, não pode passar com tal calçado; *h)* quem tem direito de servidão *actue* pode fazer passar carro, bois, bestas e outros animais, carregados, ou descarregados; *i)* quem tem servidão *actue* pode arrastar pelo caminho madeiras, instrumentos, caixões e outras coisas; *5)* quem tem servidão de passagem de rebanhos tem direito a passar, com os seus empregados, e de passarem esses, bem como tem a servidão *iter; Ir)* quem tem servidão de passar com carro, ou automóvel, pode passar a pé, ou a cavalo, porém não tem a de fazer passar rebanho (entende-se excluída a de passar a cavalo, se o piso só é adequado à passagem de carros com rodas de borracha); *1)* quem tem sérvidão *via* tem a servidão *iter* e a servidão *actue,* porém há de respeitar a altura da passagem; *m)* quem tem servidão de automóvel de passageiros não na tem para caminhões, ou carros de cavalo; *n)* quem tem servidão *itineris, actue* ou *viae* pode fazer as instalações que sejam necessárias à conservação e uso (art. 699) ; *e. g.,* ponte, atravessadouro, pontelo, corrimão.

3. SERVIDÂO À NOITE. Não há regra jurídica, dispositiva, ou interpretativa, que se possa tirar do Código Civil sobre o uso das servidões *de noite.* Quis BORGES CARNEIRO *(Direito Civil de Portugal,* IV, 60) pôr uma delas: "O que tem servidão pela casa, pátio, ou escada de outrem, pode ser proibido, por êsse, de passar de noite - porque regularmente não se anda de noite pela cidade e pelas casas alheias", mas logo admitiu em que tal se daria, "não havendo costume ou necessidade em contrário", O jurista misturou três pontos distintíssimos: a servidão pode ter conteúdo ligado *à* vida do dono do prédio dominante (e. *g,* não tem outra porta por onde saia e entre, portanto precisa sair e entrar quando queira) ; o ter a servidão de ser exercida regularmente diz com o exercício do direito (art. 160, 1, parte 2.8), e não com o seu conteúdo; a regulamentação do exercício pode ser negocia!, ou judicial.

As servidões de caminho não incluem, *a fortiori,* as de pastagem, a de tirar frutos, a de água, ou outra que não seja a de passagem.

4.LARGURA E SERVIDÃO DE CAMINHO. Não há regra jurídica dispositiva, ou interpretativa, sobre a *largura;* e a altura há de ser a das posturas municipais para as passagens. Em todo o caso, não pode a largura ser menor do que a das posturas municipais, que marcam o mínimo de largura às portas, portões, corredores, saídas e vias particulares. Respeitados esses mínimos fixados por direito público, tem o titular da servidão, ou o dono do prédio dominante a ação *para determinação da largura,* que concerne ao conteúdo da servidão e, portanto, não é *ação de regula çâo do exercido.* Na L. 13, *§§* 1 e 3, O., *de servitutibus praecliorum rusticorum,* 8, 3, JAvOLENO dizia: "Se todo um campo presta servidão de passagem, ou de condução, o dono nada pode fazer nesse campo que impeça a servidão, a qual está de tal modo difusa que prestam a servidão todas as glebas; ou, se, sem determinação, se legou a de passagem ou a de condução, se determinará desde logo: e naquele ponto em que primeiramente se assinalou o caminho constitui-se a servidão, e as demais partes do campo ficam livres: assim, pois, se há de nomear árbitro, que nesse e noutro caso deve determinar o caminho" (§ 1); "Se se determinou o lugar, sem se designar a largura, pode-se escolher uma só via da largura que se compreenda na lei: a propósito, havendo dúvida, há de invocar-se o ofício do árbitro". Na L. 9, li, *de servitutibus,* 8, 1, *CELSO* insistiu na faculdade de se escolher qualquer parte, apenas exigindo que se exercesse *civiuiter modo,* isto é, sem se escolher o mais desvantajoso para o prédio serviente. Outrossim, frisou que há escolha tácita: se se usou um dos traçados, não se pode mudar; e citou a

SÃnINO quanto a corrente de água. A ação concernia ao conteúdo, não ao exercício. Ação, portanto, executiva, tal como a ação do art. 703, que não é a do art. 1.006, e sim a ação pela qual" se pede ao Estado que pratique o ato-fato jurídico que o autor poderia praticar. Os juristas, no repetirem uns aos outros (BORGES CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal,* IV, 59; LAFATETE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas,* 1, 346 s.), não prestaram atenção à natureza da ação. Cumpre observar, além disso, que a ação somente cabe se não foi eleito o caminho pelo dono do prédio serviente, ou se os usos locais não o fixam; porque, aí, nada mais há a determinar-se. Todavia, como exsurge a questão prejudicial (elemento declarativo da ação executiva), o juiz deve julgá-la, e a decisão desfavorável tem força de sentença declarativa, que prejudica o resto do pedido.

5.DESIGNAÇÃO DO CAMINHO. Se na constituição se designou o caminho, não há pensar-se em invocação do art. 708.

6. POSSE DA COISA. A servidão de caminho, servidão discontínua aparente, exercendo-se, implica posse da coisa, isto é, posse do caminho, quase sempre composse. Cabe a proteção possessória a quem a exerce, com titulo nos termos do art. 509, quando não se lhe negou, em petitório, o direito. Pode êle resistir, desforçar-se (art. 502), pedir manutenção e restituição (arts. 499, 500, 503-509) e cominação (art. 501). Só se permitem os atos necessários à servidão.

§ 2.208. Servidão de pasto

1."SERVITUS PASCENDI". As servidões de pasto são servidões aparentes e podem ser constituídas pela usucapião (art. 698). Devem ser transcritas as sentenças que as julgam. A servidão de pasto pode ser unilateral, ou bilateral, ou plurilateral, se o gado de um prédio pode pastar no outro, ou se os gados dos dois ou mais prédios podem nascer promiscuamente. O fato de um dos donos renunciar ao seu direito de servidão, ou deixar de criar gado, não atinge o direito ou direitos dos outros.

Nos países de vida econômica mais pecuária que industrial, as servidões de pasto exercem grande papel.

Cumpre não confundi-las com o compáscuo (art. 646). Sobre o conteúdo de tais servidões, decide o negócio jurídico ou o uso. Se não se determinou o número de cabeças de gado que podem pastar, são as necessidades do prédio dominante que se levam em conta.

Se se trata de servidão de invernada, entende-se que pode pastar todo gado que não provenha do prédio dominante.

Não se estabelece pertinencialidade pelo fato de deixarem os vizinhos que os seus gados pastem nos terrenos, promiscuamente. Tal tolerância não dá posse (art. 497, l.~ parte), salvo se nasceu direito a apascentar o gado, em comum (art. 488) e o *ius compascui* só se estabelece se resulta de negócio jurídico, ou de sucessão, criando-se o compáscuo obrigacional, que se presume denunciável a todo tempo, ou resilível.

2.PARTICIPAÇÃO DO USO DA SERvIDÃO. O proprietário do prédio pode possuir a outro prédio, negocialmente , o direito de participar do uso da servidão, com o titular dessa; pode mais: atribuir-lhe direito de preferência. Ao estabelecer-se a servidão, é preciso que já o tenha sido com aquela, ou essa restrição. A propósito de direitos cuja extensão não é precisamente determinada *(e. g.,* o de tirar lenha, o de apascentar, o de tirar adubo para a lavoura do prédio dominante), é de entender-se, por força de velho uso (regra jurídica costumeira), que há o direito de comparticipação do proprietário do prédio serviente. Tal uso é regra *dispositiva,* de modo que não é preciso que haja dúvida quanto à vontade. MARTIN WOLFF *(Lehrbuch,* IN, 374) fala de convenção túcita; porém não é isso o que ocorre: existe a regra jurídica dispositiva, costumeira.

A fixação de cabeças de gado, ou da quantidade do que se há de tirar, no máximo, exclui a incidência da regra jurídica costumeira. A regra é ser preferente a servidão, salvo se há indeterminação da extensão do direito.

MELO FREntE *(Institutiones,* IN, 172) escreveu: “cum non possit nec sua pecora pasci, praedii dominantis domino invito, nisi pastura abundet, et utriusque pecoribus sufficiat”, o que estabeleceria o direito de preferência do proprietário. LAPAIETE RODRIGUES PEREIRA *(Direito das Coisas,* 1, 849) repetiu-o. Sem razão, porque o costume *(usus)* a que se referia a Constituição de Cláudio (L. 6, C., *de servitutibus et de aqua,* 3, 34) só concernia à água.

8. À SERVIDÃO DE PASTO. A servidão de pasto pode ser restringida, quanto aos animais, qualitativa *(e. g.,* bois, e não cavalos; cavalos, e não bois; não porcos, nem ovelhas. Etc.. ou quantitativamente (tantas cabeças).

Se não se determinou qualitativamnente, podem-se apascentar

quaisquer animais, sem exceção dos porcos; salvo se há uso local que os exclua, ou as circunstâncias permitam deduzir-se que tal foi a manifestação de vontade, ao constituir-se a servidão (BÚRGEs CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal,* IV, 80). Não se admitem os animais daninhos, nem os que tenham doença contagiosa. O exercício irregular da servidão, ou a infração dos seus limites *(e. g.,* pôr animais excluídos, ou mais da conta) dá ensejo àpretensão do dono do prédio serviente à indenização (arts. 159 e 160, 1, 2.~ parte), ou a indenização sem culpa (dever de abstenção), sem repercussão no direito à servidão. O dono do prédio serviente pode remover a servidão de um local para outro, fazendo-o à sua custa, se em nada diminui, com isso, as vantagens do prédio dominante (art. 703). Inclusive para outro prédio que o serviente. Não pode tapar o prédio com valado, ou fôsso, ou cêrca sem abertura, salvo temporàriamente se a servidão não se pode exercer por ser tempo de frutos. Se há dois ou mais titulares da servidão, ou dois ou mais donos do prédio serviente, podem negociar a distribuição da servidão, ou propor a *ação de distribuição do exercicio da servidão,* de modo que nenhum seja prejudicado (BORGES CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal,* IV, 83).

§ 2.209. Servidões sobre edifícios

1.EDIFICIO PARTE INTEGRANTE. O nome é expressivo, mas, advertindo-se em que edifício é parte integrante de terreno, há de atender-se a que serviente é o prédio, e não o edifício mesmo, o prédio em sua parte edificada ou edificanda.

2.ESPECIES DE SERVIDÕES SOBRE EDIFÍCIO. Tais direitos de servidão podem ser, principalmente: *a)* o direito de servidão de vista, *servitus ne prospectui ol/iciatur (seu prospzaendt)* ; cf. L. 3, L. 15 e *L.* 16, II., *de servitutibus praediorum urbanorum,* 8, 2; mais vasta a de não pôr diante qualquer coisa, seja vaso, seja planta, ou estátua, cf. *L.* 17, § 1, D., *si servitus vindicetur veZ ad alium pertinere negetur,* 8, 5); *b)* o direito de servidão de luz, *servitus ne luminibus olficiatur,* ou *servztus luminum,* que é diferente (L. 4, D., *de servitutibus praedio rum urbanorum,* 8, 2: "Constituída a servidão de luzes, entende-se adquirido o ter o vizinho de receber luzes para nós. Mas, se se impõe a servidão de não impedirem luzes, entende-se que principalmente adquirimos que não seja direito do vizinho edificar mais alto contra a nossa vontade, de jeito a diminuir as luzes dos nossos edifícios"; cp. B. WINDSCHEID, *Lehrbueh,* 1, 9a ed., 1074) ; *e)* o direito de caírem as águas sobre o

prédio vizinho, em gotas, *servitus etill ieid ii,* ou em caudal, *seruitns fluminis, servitus fluminis immittendi, servitus flutn mis avertendi* (L. 1, pr., L. 2, L. 17, § 3, *L.* 20, pr. e ~§ 2-6, L. 21, L. 28. D., *de servitutibus praediorum urbanorum,* 8, 2) ; *d)* o direito de avançar o edifício sobre o terreno d~ vizinho, ou sobre o edifício do vizinho, *e. g.,* balcão, balanço, varandim, coluna (lo apoio, *servitus proiiciendi, servitus protegendi,* L. 1, pr., e L. 2, D., *de servitutibus praediorum urbanorum,* 8, 2 (a servidão de apoiar vigas, *servitus tigni imrnitten di.* é uma delas), ou de pendurar gaiolas, vasos de flôres, lampeões, ou braços, para recebimento de fios de eletricidade por sobre o prédio vizinho; *e)* o direito de não construir além de certa altura, *servitus riltius non toliendi* do direito comum; *f)* o direito de que se não construa abaixo do prédio dominante; g) o direito a que só se construa em certo estilo, ou à semelhança do outro, ou igual a êle; *h)* o direito a canalizar para ou através do prédio vizinho os excrementos, *servitus cloaeae mittendae* (L. 7, D., *de aervitutibus,* 8, 1; L. 1, ~§ 4 e 6, D., *de cloacis,* 43, 23) ; *i)* o direito de ter na proximidade do prédio vizinho estrumeira (L. 17, § 2, D., *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur, 8, 5),* ou fogão, ou lareira, ou lavandaria; 5) o direito a construir mais alto, *servitus altius toliendi* (L. 2, pr., D., *de servitutibus praediorum rustieorunt,* 8, 3), ou a tirar a luz, ou a deixar gotejar.

3.SERVIDÃO "ONERIS FERENDI". Diz-se servidão *onens ferendi* a que consiste em se poder apoiar construção, ou peça, em parede, muro, coluna, ou tecto, ou noutra construção do prédio vizinho. D. O.

STRUEEN *(Reebtijefle Redenken,* IV, n. 158) considerou servidão *oneris ferendi* o direito de ter cantina ou bar em outro edifício. Mais do que isso: é servidão *oneris ferendi* a de armar tendas, ou palanques, em cobertura de edifícios, a de colocar caixa de água em tecto, ou pilastras de outro prédio. O que importa é que a servidão consista em se construir, ou instalar, sobre ou aproveitando outra construção, ou instalação. Na servidão *oneris ferendi,* o dono da peça serviente pode melhorá-la, fortalecê-la, aumentá-la; não pode reformá-la para pior, para menos fraca, menos segura. Contra isso, cabe a ação confessória ou a nunciação de obra nova (L. 6, § 7, O., *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur,* 8, 5); ou no direito brasileiro as ações possessórias.

O dono do prédio serviente tem de reparar a peça para que tenha a mesma utilidade inicial, ainda que não haja convencionado (L. 6, § 5, D., *si servitus vindicetur vel alium pertinere negetur,* 8, 5), o que não torna *in faciendo* a servidão *oneris ferendi:* trata-se de dever e obrigação *reais,* oriundos da natureza da servidão *oneris ferendi* (suportar carga),

razão por que cabe a ação confessória (cf. a discussão entre os que consideravam inexceptuada a regra jurídica de ter de conservar quem é titular da servidão e os que abriam exceção para as servidões *oneris ferendi,* L. 6, § 2). Se tem de reparar, o dono do prédio serviente não pode interromper a utilidade (L. 8, prj.

Discute-se se, a despeito do art. 701, é de entender-se que o proprietário do prédio serviente, na servidão *oneris ferendi* tem de reparar a sua peça, para que possa continuar de suportar o pêso. No Código Civil, não aparece o que está na L. 6,

§ 2, *O., si servitus vindicetur veZ ad alium pertinere negetur*

8, 5 ("ad onera sua sustinenda"). O Código Civil alemão, § 1.022, em regra jurídica dispositiva, dá ao dono do prédio serviente o encargo de conservar as obras na medida em que o exija o interesse do prédio dominante O

Código Civil suíço, art. 741, atribui aos dois o dever e a obrigação, na proporção do interesse de cada um quando as obras forem de interesse de ambos. No direito brasileiro, o dono do prédio serviente tem o dever e a obrigação de conservar as suas peças de modo que continuem a suportar a do prédio dominante tal como começara a sustentar ou conforme o titulo.

4.SERVIDÃO "TIGNI IMMITTENDI". A servidão *tigni immittendi* dá o poder de pôr trave, ou outra peça, do edifício na parede, ou muro, do vizinho (L. 8, § 1, *O., si rervitus vindicetur veZ ad alium pertinere negetur,* 8, 5; L. 62 e 242, § 1, O., *de verborum significatione,* 50, 16). Na L. 62, diz-se que *tignum* é todo gênero de materiais de que constam os edifícios ; portanto não somente madeira, o que afasta do étimo o significado que se lhe dá nas XII Tábuas. Não se trata, apenas, de encostar a trave, braço, ou tiro; mas de imitir. Daí distinguir-se da servidão *projiciendi.* Na L. 242, § 1, que é de JAVOLENO, diz LABEÂO que entre projetado *(projectum)* e imitido, imisso *(immissum),* a diferença consiste em que o projetado avança sem nunca assentar *(ut nus quam requiesceret),* como os balcões e os beirais dos telhados, ao passo que o imisso (o termo é de bom português) é o que descansa em algum lugar, como as traves ou tignos que se imitem. A introdução caracteriza-O.

Em relação à servidão *oneris ferendi,* é de advertir-se em que não se têm o dever e a obrigação de se reparar o que o dono do prédio dominante fêz (tal como também acontece, hoje, com a servidão *oneris*

ferendi), nem o dever e a obrígaçao de se reparar a peça em que se meteu o tigno ou trave. A servidão *tigni immittendi* não é servidão que imponha suportar pêso. Descansar, *requiescere,* não é pôr todo o pêso sobre a peça do prédio vizinho.

5.SERVIDÃO "PROIICIENDI". A servidão de projeção, *servitus proiiciendi,* dá o poder de avançar a extremidade, ou alguma outra peça, como balcão, beiral, terraço, adornos, ou emblema, sobre o fundo vizinho, sem que se imita em alguma peça, ou se apoie de qualquer maneira. Projeta-se só; portanto, não se introduz em peça, nem se assenta. Rigorosamente, há imissão na projeção; mas a imissão é em espaço vazio, ainda que interior à construção do prédio vizinho.

6. SERVIDÂO "PROTEGENDI". A servidão "protegendi" consiste em poder apoiar-se a peça do prédio dominante em algo que se ponha no fundo vizinho (L. 29, § 1, O., *ad legem Aqui liam,* 9, 2: ". . - protectum meum . -. supra domum tuam"). CICERO *(To‟pica,* c. 4) fala de *panes com.munis,* expresnão verdadeiramente infeliz, porque o direito romano não atribuia qualquer comunhão à parede protegida, nem havia a parede-

-meia do direito luso-brasileiro e brasileiro. Cf. L. 4, § 10, O., *finium regundorum,* 10, 1, onde *paries conmunts* é a parede una por fora mas consistente em duas parales justapostas. Na L.17, pr., O., *si servitus vindicetur veZ*

ad ahum pertinere negetur, 8, 5, de ALFENO tirou-se que, havendo parede, que se inclina para o prédio vizinho, convém que se reclame, para que, contra a vontade do dono, não permaneça a parede inclinada. Não poderia derruhá-la, seria *damnum iniuria datum* (L. 29, § 1, O., *ad legem Aquiliam,* 9, 2): pode ser cortado o cano que se lança no terreno alheio; não, o que da construção vem invadir o prédio alheio, porque seria atuar no alheio; tem-se de propor a ação negatória, porque a afirmação de direito a isso seria arrogar-se servidão *projiciendi* (C. C. HOFACKER, *Diss. ad fragmenta quae ex AlieM Vai-É lib ris 40 Diq. supersunt,* 12 s.), ou a ação possessória pela turbação.

7.SERVIDÃO "ALTIUS TOLLENDI" E SERVIDÁO "ALTIUS NON TOLLENDI". (a) A servidão *altius toilendi* consiste no poder de altear a casa ou outra construção acima do que seria permitido. Tal servidão não pode existir se há lei de direito público cogente. Temos de repelir a) a opinião dos que viam nas servidões *altius toilendi* e *altius non*

toliendi a mesma servidão, uma para um prédio e outra para o outro. Bem assim, 10 a dos que, como J. VoET, J. O. HEINÉCIo, J. O. SAMMET *(Opusczda varji,* 62) e outros, viam na servidão *altius toilendi* o poder alcançar, a meu custo, o edifício ou o muro do vizinho, com vantagem para o meu prédio. O §

2, 1., *de actionibus, 4,* 6, é expressivo, e não é verdade o que pretendia R. O. VON SENCKENBERG

(Meditationes maximam in partem iuridicae quin que, 174), que, antes, em *Meditationum iuridico-historjea,-*

um specimina. tria (n. 1), já defendera a opinião *b)* que o § 2 não se referia à servidão *altius toilendi.* Se há lei só no interesse dos particulares e, pois, dispositiva, é construivel a servidão *altiva toliendi.* Outrossim, se há obrigação derivada de negócio jurídico anterior que haja *limitado* o direito de propriedade do prédio a que aproveita a servidão. Nos edifícios de apartamentos, em que não se pode sair das regras do ato constitutivo da comunhão *pro diviso,* a servidão *altius toliendi* pode ser constituída, por ato do dono do apartamento prejudicado ou pela pluralidade dos concurrentes, conforme a espécie.

As controvérsias sobre a servidão *allius toilendi* foram dirimidas, com brilho, por MAX CoIIN (tiber die *Servitus altius toilendi* und verwandte Gebãudedienstbarkeiten, *Archiv flir rUe anlistiache Praxis,* 64, 344-868)

- Rebateu êle os argumentos de *ART.* VON VANGEROW *(Lehrbueh der Partdekten, 1, 7~* ed., 728 s.) a favor da opinião *a),* bem como a opinião b), que ainda defendia H. PERNICE *(Commentationes juris rornani duae,* 149).

A servidão *altius toliendi* é aparente, depois de exercida; de modo que se pode adquirir por usucapião (art. 698; H. DERNBURO, *Pandekten, 1,* 78 ed., 588, 88 ed., 436; O. KARLOWA, *Rthnische Rechtsgeschichte,* II, 529), ainda sem registro.

(b)A servidão *altius non toilendi* veda que se eleve a construção, ou outra peça, do prédio serviente além do que exceda a altura do que existe, ou se vai fazer no prédio dominante, ou acima do ponto ou linha marcada pelo titulo. Se foi a lei de direito público que fixou a altura, não há pensar-se em servidão, salvo se a lei é dispositiva ou faz a sua incidência depender de não haver consentido o vizinho.

O vizinho pode ser distante, desde que haja utilidade na proibição; e. *g,* impediria a vista para o mar.

A servidão de não edificar mais alto não cessa se alguma lei intervém que obriga, temporariamente , a maior altura da edificação, para uniformidade da cidade, rua, ou quarteirão; apenas adormece *(quiescência do direito,* cf. Tomo XI, § LiSO).

Escusado é dizer-~ que a servidão *altius non toilendi* pode especificar o que não se quer mais alto e o que não se inclui na vedação.

8.SERVIDÃO "LUMINUM" E SERVIDIO "NE LUMINIBTJS OFFICIATUR". (a) A servidão *luminum* foi, para alguns romanistas, a servidão de abrir janela no muro do outro prédio, ou no prédio comum, para ter luz (U. HUBER, J. VOET, F. CONNANUS, GO». STRAUSS; J. K. E. MISTER, *Von den Servituten,* § 23; CER.

Fa. VON GLUCK, *Ausfiihrliche Erlãuterung der Pa.ndelcten,* X, 94). Para outros, a servidão de sombra. Põe-se de lado, portanto, a opinião que entendia não existir essa servidão e ter a *ne luminibus officiatur* dois nomes *(e. g.,* Huoo DONELO, *Commentarii de iure dvin,* 11, 529; 0mw. NOODT, *Commentarius in Pandect as,* II, 211). A *servitus luminum* somente poderia ser, para aqueles, o *jus aperiendi fenestras in pariste alieno rei communi* (cf. *L.* 40, O., *de servitutibus urbanorum,* 8, 2: "Respondi que os que não tinham o direito de imitir luzes, sem direito puseram janelas, com abrirem a parede comum", "E os qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete com-muni nuílo iure fenestras immisse respondi"; L. 8, O., *de servi-. tutibus et de aqua,* 3, 34: "De nenhuma maneira proibir-se-áao dono deles levantar mais os edifícios, se a casa não deve tal servidão", "Altius quidem aedificia toliere, si domus servitutem non debeat, dominus elus nimine probibetur").

Compreende-se, portanto, que PAULO (L. 4, O., *de servitutibus praediorum urba norum,* 8, 2) haja escrito que, sendo constituída a servidão *luminum,* se considere que adquiriu o direito a que o vizinho intercepte a nossa luz, *ut vicinus lumina nostra excipiat.* Ao inverso da servidão *ne luminibus officiatur,* que é a de não tirar o vizinho as luzes dos novos edifícios, *lumina nostrorum aedificiorum.* Servidão *de luz;* isto é, de ter sombra. Na L. 2, GAIO falou de *servitu~s officiendi luminibus vicini* (cf. L. 17). Contra essa explicação de P. J. A. VON

FEUERBACH *(Civilistische Versuche,* 11, n. 1), insurgiu-se EPH. ORa. VON DAEELOW *(úber die* servitus luminum *der Rômer, gegen* FEUERBACH, 1 s.). Para êsse, *lurnina excipere* não significaria interceptar luz, mas ter o vizinho de receber luz. De modo que precisaria haver *jus lumirtis immittendi* para se poder iluminar, do lado

do vizinho, o prédio: então, ter-se-ia a servidão de iluminar o prédio alheio.

Certamente, a *servitus luminum* poderia ser a de ter sombra; mas faltam informes sobre a vida econômica dos Romanos que nos mostrem a sua utilidade. O que é preciso é que não se confunda a servidão de sombra com a *servidão de não pôr vista,* que é de origem germânica: por ela, ao dono do prédio serviente interdiz-se abrir janela, ou óculo, ou fazer terraço, de modo que possa ver o prédio dominante, ou o edifício que nêle se construiu, ou a piscina (ou balneário), ou solário, embora o permitam as leis de direito público e o direito privado sobre vizinhança *(e.* o., art. 573, 2!- parte, *verbis* "em que, a menos de metro e meio do seu, se abra janela, ou se faça eirado, terraço, ou varanda"). Hoje, tal servidão é constituível pelo proprietário para lhe retirar o que segundo a lei lhe seria permitido (cf., quanto ao direito germânico, onde era estatutária, J. O. O.

SCHROTER, *Vermischte juristische Abhandlungeit,* II, 145, e O. A. W. e B. OVERBECK, *Meditation-en ilber verschiedene Rechtsm,aterien,* IN, m. 185).

Outra coisa é a servidão de não receber luz o serviente:

o dono do prédio serviente não pode, sequer, abrir, na sua parede espaço para vitral ou outra utilidade que, embora não dê vista a quem está de dentro, receba luz (cf. HARMENOPOLUS, em O. MEERMANN, *Supplementum,* 126 s.).

(b)Servidão *ne luminibus officiatur* é a que dá o poder de proibir fazer-se qualquer construção, ou instalar-se qualquer coisa, que tire ao prédio dominante a luz, ou a diminua. Que se não confunde com a servidão *luminum,* di-lo a L. 4, O., *de servitutibus praediorum urbanortzm,* 8, 2, (PAULO): "Na constituição da servidão de luzes *(luminum)* tem-se como adquirido que o vizinho receba, para nós, luz. Mas, quando se impõe a servidão *ne luminibus olficiatur* (de se não impedirem as luzes), parece que principalmente adquirimos que o vizinho não tenha direito de edificar mais alto contra a nossa vontade, diminuindo, assim, as luzes de nossos edifícios".

9. SERVIDÃO "STILLICfl)II" E SERVIDõES "FLUMINIS REGIPIENDI" E "NON RECIPlENDI".

Stillicidium é gotejamento, queda de água, gota a gota *(stilli-cadc),* chuva que pinga do tecto- Quando o art. 575

do Código Civil estabelece que o propritário há de edificar de jeito que o beiral do seu telhado não despeje sobre o prédio vizinho, deixando, entre êsse e o beiral, quando por outro modo não o possa evitar, intervalo de, pelo menos, dez centímetros, limita o direito de propriedade, criando êsse *direito de vizinhança* (Tomo XIN, §§

1.546, 1, 2, 1.547, 2, e 1.560, 4). Pode-se constituir a) servidão de se deixar o beiral, de que cai água, ainda em menos de dez centímetros, ou *b)* de não se deixar cair água ainda até tantos centímetros (dez + x) ou decímetros ou metros da linha limítrofe, ou em qualquer parte do terreno.

As servidões *fluminis recipiendi* e *nor)recipiendi* são as servidões de receber o prédio serviente a água que vem em tubo, ou canal, ou rêgo, ou de não poder interceptar. *Flumen* é toda água que flui, em vez de gotejar.

Stillicidium, dizia Huco GRÓCIO, "(est) quod stillatim cadet; flumen, quod fluit continue". Continuidade, aliás, relativa. Eram as definições de 24. TERENTIUS VARRO, *De lingua latina* (L. IV, 18), corrigidas. Quem é dono de prédio sobre que haja servidão *stillicidii reci-. piendi,* tem de tolerar que as águas do prédio dominante gotejem; e dá-se o mesmo com o dono do prédio que tem de tolerar que as águas do prédio vizinho gotejem, sem o intervalo legal, isto é, espaço menor do que dez centímetros ou sem espaço, entre o beiral e a linha divisória. O direito de vizinhança, que nasce do art. 575 do Código Civil, une-se ao conteúdo do direito de propriedade do prédio vizinho, de modo que a sua restrição é restrição ao conteúdo, quanto ao exercício do domínio, compondo-se a figura da servidão.

(a)Assim, servidão *stillicidii recipienîli* é de poder deixar cair água, gotejante, em menos dez centímetros de que fala o art. 575 do Código Civil e no espaço correspondente ao prédio serviente. Servidão de receber gotejamento.

A servidão *fluminis recipiendi* é a de ter o prédio serviente de tolerar que o tubo, o canal ou rêgo que vem do prédio dominante passe àquele, ou por êle passe.

(b)A servidão *stillicidii nou recipiendi* consiste em não poder o dono do prédio serviente interceptar a água que goteja do seu. O dono do prédio dominante tem direito a que lhe venha essa água, para‟ utilidade do seu prédio.

Todavia, há a servidão de não receber o prédio dominante a água se há regra legal que imponha receber (CHR.

G. KONOPACK, *Die Institutionen des rõmiséhen Rechts,* 195).

10.SERVIDÃO “PROSPECTUS” E SERVIDÃO “NE PROSPECTUI OFFICIATUR”. Servidão *prospectus* é a servidão de vista. Não se confunde com a de luz *(ne luminibus officiatur).* A diferença reflete-se no nome das janelas: *fenestrae prospectivae, fenestrue luciferae* (L. 16, *O., de servitutibus praediorum urbaflorim,* 8, 2:

“Lumen id est, ut caelum videretur, et interest inter lumen et prospectum: nam prospectus etiam e(inferioribus locis est, lumen ex inferiore loco esse non potest”; L. 12, §~ 2 e 3, O., *de aedificiis priva tis,* 8, 10). Também aqui houve quem pensasse tratar-se de uma só servidão, vista do lado positivo e do lado negativo (F. E.

PUFENDORF, *Animadversiones ~ums universi,* a. 33; J: H. BOEHMER, *Introductio in Jus Digestorum,* § 10; 5. STRYK, *Us-u.s moderni Pandectarum,* Livro VIN. Tit. 2, § 17; J. 1□. E. MÚNTER, *Von den Servituten,* 1,

§§ 25 e 26). Outros entendiam que eram duas servidões, mas divergiam no distinguirem-nas. Mais certo é que se tratava de *servitus prospectus* quando se podia, *e. g.,* abrir janela ou cortar a árvore do vizinho, para se ter vista; de servidão iw *prospectui ofliciatur,* quando se podia vedar que o vizinho consumisse ou por outro modo tirasse a vista.

O dono do prédio serviente não pode prejudicar a prospecção com

algo de nauseante, ou desagradável (TJLPIANO, L. 15, D., *de servitutibus pra.ediorum urbanorum,* 8, 2: “Entre as servidões de não prejudicar as luzes e de não privar da vista observa-se, distinguindo-as (aliud et aliud observatur): que, na de vista, se tem a mais que não se oponha qualquer coisa à vista mais agradável e livre, e na de não prejudicar as luzes, que não se obscureçam as luzes de alguém. Assim, pois, pode-se proibir que algo se faça para impedir a luz, se se deve a servidão e pode-se nunciar obra nova, se acaso a faz que prejudique a luz”).

11.SERVIDÃO “CLOACAE”. Cloaca é o canal ou tubo com que se esgotam certas impurezas (ULPIANO, L.

1, § 4, D., *de cloacis, 43,* 23: “Oloaca est locus cavus per quem coiluvies quaedam fluat”) - A servidão de cloaca é a de passar ao fundo vizinho, ou por êle passar, o que se descarrega (L. 7, *O., de servitutibus,* 8, 1), porém não matéria fecal, urina e outras de mau odor (J. O. O. SCHRÓTER, *Vermisthte juristische Abhandlungen,* 1, 474). £ possível estender-se até aí, por fixação do conteúdo da servidão, não do seu exercício, a servidão.

12.SERVIDÃO “FUMI IMMITTENDI” (ou “RECIPIENDI”). Há. a servidão *fumi immittendi* quando ao dono do prédio dominante se permite lançar o fumo para o prédio vizinho; diz-se *recipiendi,* porque o vizinho tem de o tolerar. Ninguém pode usar da propriedade, acendendo fogo, de modo a causar danos ao vizinho (OHR. Fa.

VON GLÚCK, *Ausfiihrliche Erilituteruna der Pandekten,* VIN, 137). ULPIANO, na L. 8, §§ 5 e 6, O., *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur,* 8, 5, disse ter AJUsTO respondido ser sem direito lançar-se fumo de fábrica de queijos a edifícios superiores, se não se admitiu servidão para isso. A imissão de fumo é como a de água, quanto aos prédios inferiores, de jeito que pode o dono do prédio superior reclamar contra o do inferior, que imite fumo. POMPÔNIO parecia duvidar da vedação de fumo, não sendo prejudicial. ULPIANO

frisa que não há, ai, reclamar-se.

No sistema jurídico brasileiro, há questão de fato que está à base da invocabilidade dos arts. 554 (mau uso da propriedade), 578 (infração de posturas municipais ou leis de saúde pública), 582, 583 (fornalhas, fornos, chaminés e peças semelhantes) e 586 do Código Civil.

13.SERVIDÃO “AQUAE IMMITTENDÂE 114 AEDES SEU AREAM VICINI”. Pela servidão, a que ULPIANO se refere, na *L.* 8, § 5, *O., si servitus vindicetur vel ad alium vertinere nepetur,* 8, 5, o vizinho há de tolerar que o dono do prédio dominante lance água no prédio serviente.

14.SERVIDÃO “CUNICULI EALNEARII HABENDI”. À servidão de conduzir vapores para banho por tubos no prédio vizinho chamou-se *servitus cuniculi balnearii habendi* (L. 8, § *7,* D., *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur,* 8, 5).

No sistema jurídico brasileiro, tal servidão depende de ser possível a tubulação ou canalização, perante o direito de saúde pública ou municipal.

15.OUTRAS SERVIDÕES. Havia outras servidões sobre edifícios ou de edifícios, como a *servitus Iatrinae,* que é a de ter latrina no prédio vizinho ou em menor distância do que a permitida pelas leis sobre direito de vizinhança *(e. g.,* art. 583-cf. M. VOICT, *Über den Besi and und die historische Entwicklung der Servituten,* 226). Cumpre observar-se que, havendo lei co-gente sobre direito de vizinhança, o interesse público não pode ser afastado pelo interesse particular em tirar ao dono do prédio êsse direito, pela constituição da servidão. Há servidões, conforme vimos, que retiram ao direito de propriedade esses elementos, que se lhe juntaram, por lei; mas tal detracção só se pode dar se a regra jurídica de que emana o direito de vizinhança foi ditada no interesse particular, ou dispositivamente.

Também há a servidão *ereta eximendae,* a *cale-is coquendae,* a *lapidi eximendi,* a *arenae fodiendae in fundo alie‟nÃs, aedificandi ejus gratia quod in fundo nostro eM,* a *fruetus in vicini vilia co pendi.*

A tipicidade das servidões romanas ia-se apagando. Hoje, as servidões podem ser constituídas com quaisquer elementos do conteúdo do direito de propriedade que *sirvam* a outro prédio. Oistanciou-se o sistema jurídico, aos poucos, do direito grego e do romano (P. GUIRAUD, *La Propriátá fonci~re eu Grêce jusqu‟à la conquéte romaine,* 194 s.).

§ 2210. Servidões de águas

1.ESPÉCIES. As servidões de águas compreendem a de condução

(servitus aquacônetus), a de tirar água *(servitus aquae haustus)* e as de viajar ou de passar em águas alheias.

a)A servidão de aqueduto (servidão *aquaeductus)* é o poder de conduzir água em tubo, cano, rêgo ou canal, através de outro prédio, ou de apanhar água no próprio prédio e conduzi-Ia através do outro prédio. Outra servidão é a de derivá-la *(servitus aquae haustus)* do outro prédio, ainda pela linha divisória. "Aquaeductus est, quando, per fundum vicinum, vel ad se derivare licet aquam, vel a fundo suo deducere" (E. CHR. WESTPHAL, *Intervretationes iuris civilis de libertate et servituti.bus praediorum artis ordine DigesUze,* § 617).

É possível constituir-se *de futuro,* isto é, quando ainda não há água no fundo serviente, que se tire ou conduza (L. 10, O., *de servitutibus ~praediorum rusticorum,* 8, 8: .... . et si, ut quaerere liceat, cedere possumus, etiam ut inventa ducatur, cedi potest").

Se a servidão de conduzir água foi constituída sem se determinar por onde hão de passar os tubos, canos, rêgo ou canal, o titular da servidão tem a escolha, que se exaure com o exercício (CHR. Fa. VON GLÚCK, *Ausfuihrliche ErUiuterung der Pandekten,* VIN, 192 s.) ; mas a despeito de tal poder de escolha (PAULO, L.

21) não se pode escolher lugar cultivado, se há outro, ou qualquer lugar por onde se possa causar dano ao prédio serviente (POMPÔNIO, L. *22),* se há outro.

À condução pode-se determinar quantidade, largura do aqueduto, extensão, caminho, horas, dias, ou semanas, ou meses, inclusive deixar-se a utilização da frente por dois ou mais prédios a regulação posterior (cf. L. 2, §§ 1

e 6, *O., de servituti.bus praediorum rusticorum,* 8, 8; L. 2, L. 4 e L. 5, *O., de aqua eottidliana et aestiva,* 43, 20).

A servidão pode ser concebida com qualquer extensão, desde que não ultrapasse a utilidade.

Tratando-se de água tirada a rio público, pôsto à disposição de todos, a L. 3, § 2, *O., de aqua cottidiana et aestiva,* 43, 20, extraída de POMPÔNIO, disse que, se o rio se retirar, não se pode seguir o rio, mas, se, por aluvião, o rio se aproximar do prédio, pode ser utilizado; se houver mudado de lugar, de modo que outro prédio se intercale, não se pode passar por êsse, que não é serviente. Assim, a nosso ver, se há de ler a L. 8, § 2, cujo texto tem sido tão discutido (R. ELvns, *fie*

rõmische Servitutenleh,re, 488; A. BECHMANN, *Zur Lehre voin Eigentumserwerb durch Accession,* 20; C. OESTRAIS, *De la Propriété et des Servitudes eu droit romain,* 296).

O Decreto n. 24.648, de 10 de julho de 1984, art. 2.0, define águas públicas de uso comum. No art. 84, acrescenta: "t assegurado o uso gratuito de qualquer corrente ou nascente de água, para as primeiras necessidades da vida, se houver caminho público que a torne acessível". No art. 85: "Se não houver êste caminho, os proprietários marginais não podem impedir que os seus vizinhos se aproveitem das mesmas, para aquele fim, contanto que sejam indenizados dos prejuízos que sofrerem com o trânsito pelos seus prédios". No

§ 1.0: "Essa servidão só se dará, verificando-se que os ditos vizinhos não podem haver água de outra parte, sem qualquer incômodo ou dificuldade". E no § 2.~: "O direito de uso das águas, a que êste artigo se refere, não prescreve, mas cessa logo que as pessoas a quem êle é concedido, possam haver sem grande dificuldade ou incômodo, a água de que carecem". O art. 84 tratou do uso da água comum de qualquer corrente ou nascente de água; do uso das águas públicas não-comuns cogitou o art. 86. Tratemos primeiro da servidão quando a água é *comum.* Se a servidão é constituída por negócio jurídico entre os interessados, nenhum problema surge. Se não há servidão e há necessidade de utilizar-se a água comum, sem existir grande incômodo ou dificuldade para o prédio intercalar, o art. 85 permite que se use o prédio. Trata-se de direito de vizinhança, mas cujo exercício depende de decisão judicial; não de servidão que ela *constitua.* A sentença é *declarativa,* e não *constitutiva.* Já se versou a matéria no Tomo XIX, § 1.548, 2, 8, 9, e 1.538, 1. A persistência da expressão "servidão", no próprio Código Civil, a despeito da atitude doutrinária que tomara, resulta de hábito de linguagem e do duplo sentido de servidão (servidão = serventia, fato de servir-se; servidão = direito real de servidão).

O direito de vizinhança que se regula no art. 567 do Código Civil e nos arte. 84 e 85 do Decreto n. 24.648 não se confunde com a chamada servidão coativa dos arts. 117-138 do Decreto n. 24.648, que é *servidão por desapropriação.* Viu-o TEIXEIRA DE FnEITAS *(Consolidação das Leis Civis,* nota 5 ao art. 894), que, embora só em parte, tinha razão.

b)A servidão *aquas haustus* é a de poder apanhar água, de que já falamos, a propósito dos arts. 43-52 do Decreto n. 2648.

Se a água é para uso e devolução ao prédio serviente, ou a outro, não

pode o titular do direito de servidão mudar-lhe o curso, ou o uno, causando dano ao prédio que a haveria de receber. O conteúdo da servidão sofreu restrição inicial, não sendo preciso pensar-se em duas servidões e, pois, em exceção ao princípio *Servitus servitutis esse nou potest,* nem sendo de acolher-se tal construção, porque o dono do prédio serviente foi que restringiu o conteúdo (cf. E. PACIFICI-MAZZoNI, Trattato deile Servitú prediali, *Codice Civile italiano commentato,* 53 ed., n. 154; A. SACCEI, *Trattato teoricopratico delie Servittc predia-li,* II, 809 s.; cp. G.

GIoVANETTI, II *Regime deile acque,* § 86). Se o beneficiado pela restrição do conteúdo da servidão é outro prédio, pode haver duas servidões, mas o prédio serviente é o mesmo e não há por onde verem-se duas servidões, uma das quais seja *ser‟vitus servitutis.* O proprietário do prédio gravado por servidão não fica inibido de constituir outra servidão ou outras servidões, de igual natureza, ou semelhantes, ou diferentes, sobre o mesmo prédio, a favor do mesmo prédio dominante, ou de outro ou outros, se o exercício da mais recente não prejudica a anterior ou as anteriores (33 Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 10 de abril de 1941, *Á. J.,* 59, 207). As ações que pode propor o prejudicado ou os prejudicados são as que são eficazes para se manter incólume o direito de servidão e seu exercício. Contra os titulares da servidão nova, litisconsorciado o dono do prédio serviente, cabe a ação negatória, que é de concepção romana.

Produto tem água sua, ou servidão de água alhures. A servidão *aquae ha-ustus* também não se pode confundir com a servidão de tomada de água contínua, porque por aquela se apanha a água em haustos e essa continuamente. A servidão de água contínua supõe o aqueduto, ou a limitrofidade da água. O direito romano assaz se preocupou com a água quotidiana (D., *de aqua cottidiana et aestiva,* 48, 20). Não se trata de utilização de águas *iure dominii,* nem de utilização por direito de vizinhança, que *iure dominji* é; mas de utilização *iure servitutis:* há prédio serviente de que se apanha, continuamente, a água; não importa se a fonte ou a corrente nem sempre permite que a água escoe ou seja bombeada, o que se pressupõe é que continuamente possa ser extraída, ou derivar. A intermitência da água de modo nenhum faz intermitente o exercício do direito de servidão:

tanto há uso nos dias em que falta água como nos dias em que há água e se extrai, ou atrai.

A servidão de água contínua só se constitui com tal caráter se o título

a configura. Se a servidão foi concebida como de água contínua, qualquer regulação do exercício não a altera. Se o ato constitutivo não regulou o exercício, há servidão de água contínua.

Cumpre que se não confundam servidão de água contínua e servidões contínuas - (cf. A. Cicr e E.

BASSANELLI, *Corso di Diritto agrario,* 285 s.). As servidões são contínuas ou discontinuas conforme independem ou dependem do fato do homem (L. 14, pr., D., *de servitutibus,* 8, 1; L. 20, D., *de servitutibus praediorum urbanorum,* 8, 2).

8.SERVIDÃO "PECORIS AD AQUAM APPULSUS". A servid~ de dar a beber no prédio alheio a animais, que sejam necessários ao prédio dominante (PAPINIANO, L. 4, D., *de servituti.. bus praediorum r‟usticorum,* 8, 8: "... si praedii fructus maxime in pecore consistat"; ULPIANO, § 1, 1, 1; § 2, 1., *de servitutibus,* 2, 3). A servidão *actus* está compreendida; salvo se a agua margeia o prédio favorecido ou o atravessa.

4.ÁGUAS COLATÍCIAS E ÁGUAS . As águas, que se filtram até os prédios inferiores, águas colatícias ou não, podem deixar de defluir se no prédio superior, ou nos prédios superiores, se fazem obras que as apanhem, ou impermeabílizem o terreno, de jeito que a filtração cesse. Tais águas podem ser objeto de servidão de não fazer: o prédio superior ou os prédios superiores ficam privados de atos que impeçam a descida natural de tais águas. Não importa qual a origem de tais águas. Podem ser resíduos de serviços no prédio superior ou nos prédios superiores, *e.* gy., o que se resulta de usos industriais ou domésticos, de irrigação ou simples rega, águas frias, quentes, limpas ou sujas, superficiais ou subterrâneas . Tal servidão é inconfundível com o direito de vizinhança que se regula no art. 568 do Código Civil (cf. Decreto n. 24.648, de 10 de julho de 1984, art. 69).

Na servidão de que tratamos a *utititas* é do prédio inferior. No direito de vizinhança, é do prédio superior, ou dos prédios superiores. (Alguns sistemas jurídicos não seguiram a técnica que corresponde à ciência de hoje, distinguindo, precisamente, direitos de vizinhança e servidões. Tem-se de ter cuidado na leitura de livros estrangeiros.)

O direito de vizinhança existe se as águas correm, naturalmente, do prédio superior, ou dos prédios superiores.

Quanto às águas artificialmente levadas ao prédio superior, há o art.

564 do Código Civil e o art. 92 do Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1984, que já foi explicado no Tomo XIX, § 1.543, 1, 3, 4, A servidão ou resulta de negócio jurídico, ou de usucapião (segundo os princípios que regem a usucapião das servidões aparentes e a usucapião tabular das servidões não-aparentes), ou de *exercicio* do direito de vizinhança que se explicitou no art. 92 do Decreto n. 24.648.

Tem-se escrito que as águas que descem naturalmente dos prédios superiores não podem ser objeto de servidão.

A confusão é evidente. O art. 568 do Código Civil regula o direito de vizinhança (titular, o dono do prédio superior; sujeito passivo, o dono do prédio inferior); a servidão de receber as águas colatícias é outra coisa: é, aí, direito a que não se impeça a descida natural, direito de que é titular o dono do prédio inferior e sujeito passivo o dono do prédio superior.

(Quando dizemos "sujeito passivo da servidão é o dono do prédio serviente", abreviamos a exposição: paciente é o dono, o enfiteuta, o usufrutuário, o usuário, o habitador ... Sujeito passivo de todos os direitos reais, dominicais ou não, é a coletividade: a obrigação é que se situa por bem dizer em quem,no momento, é dono, enfiteuta, usufrutuário, usuário, ou habitador. -

Quanto às águas que não são naturais (xx não correm naturalmente do prédio superior), há direito formativo gerador de servidão, que é o do art. 92 do Decreto n. 24.643 ("Mediante indenização, os donos dos prédios inferiores, de acordo com as normas de servidão legal de escoamento, são obrigados a receber as águas das nascentes artificiais"). Se ainda não foi exercido o direito de vizinhança (direito formativo gerador), servidão ainda não há. Antes de havê-la, ou depois de havê-la, pode existir a servidão a favor do prédio inferior.

Discutiu-se se a servidão é negativa (= de n~o desviar a água, *non facere)* ou afirmativa (= de receber e tirar água). Mas a opinião verdadeira é aquela, se bem que, tratando-se de água visível, que vem em valas, ou regos, ou tubos colocados à superfície da terra, ou em circunstâncias semelhantes, se possa pensar em servidão positiva. A aparência ou não-aparência da servidão é assaz relevante em matéria de usucapião (arts. 697 e 698).

Sobre isso, certos estiveram A. MARRACINO *(L)Ac quisto deile Serviflh per prescrizione,* 174) e A. Cxcin e E. BASSANELLI *(Corso di Diritto agrario,* 290).

A servidão de que se trata não impede que o dono do prédio serviente, ou o usufrutuário, ou o usuário, ou o habitador, que criou a servidão, deixe de irrigar, definitivamente, ou pelo tempo que corresponde a caso fortuito ou força maior. Nem é infração o reemprêgo da água, que apenas retarde ou diminua, sem dano, o volume que se escoaria (cf. A. SACCEI, *Trattato teorico-pratico deile Servitú prediali,* II, 322), ainda que por outrem, no mesmo fundo, ou em fundo intermédio, ou em fundo de que volte o resíduo líquido. Se há retitilização que causa dano ao prédio dominante, no prédio serviente, ou em prédio que pertença ao mesmo dono, há infração (cf. E. DE LA VILLE, *Trattato sintetico deile Servitic predia li,* II, 458). Toda essa matéria é de regrar-se no ato constitutivo e tem caráter apenas dispositivo, sendo, porém, de convir-se em que pode ocorrer a incidência do art. ~ 2ª parte, do Código Civil, A cláusula de não deixar de irrigar, ou outra semelhante, vale, não se podendo dizer que viole a regra jurídica *Servitus in Jaciendo consistere nequit:* o *facere,* aí, não é o conteúdo da servidão, mas atividade para que a servidão negativa continue (A. BUTERA, Deile ServiU‟ stabilite per fatto dell‟uomo, *Ii Dirjito civile italiano,* Parte V, IN, *g□ a* ed., 675; sem razão, N. GERMANO, *Trattato deile Servztú,* VI, 556). Se há razão para se extinguir a servidão, extinguem-Se, com ela, o dever e a obrigação de *facere.*

§ 2.211. Servidão “aquaediictiis”

1.MODOS DE CONSTITUIÇÃO . Os modos de constituição são os mesmos das outras servidões aparentes ou não-aparentes, conforme a espécie, *mais* o de constituição por eficácia sentencial, baseado nos arts. 117-138 do Decreto n. 24.648, de 10 de julho de 1934. Supõe-se que já se tenha a água. O que está em causa é a aquedução.

Há partes caracterizadas de prédios que são incólumes à pretensão *servitutis habendae.* Diz o art. 117 que se pode constituir, coativamente, servidão de aqueduto, se as águas são a) para as primeiras necessidades do serviços da agricultura ou da indústria, *c)* para o escoamento das águas superabundantes, *d)* para o enxugo ou bonificação dos terrenos. O art. 118 limita o conteúdo do art. 117: “Não são passíveis -desta servidão as casas de habitação e os pátios, jardins, alamedas ou quintais, contíguos às casas”. “Desta servidão”, entenda-se: de qualquer das servidões a que se refere o art. 117, *a), b), c)* e *d).* No art. 118., parágrafo único, adverte-se: “Esta restrição, porém, não prevalece no caso de concessão por utilidade pública, quando ficar demonstrada a impossibilidade material ou econômica de se executarem as obras sem a utilização dos referidos prédios”. A lei

distingue a desapropriação por *interesse social,* em cujo conceito cabe a desapropriação para atender a necessidades do prédio vizinho, ou próximo, e a desapropriação por *utilidade pública,* que supõe interesse transindividual na utilização, se bem que através de pessoas.

As servidões de que tratam os arts. 117-138 do Decreto n. 24.648 são servidões que podem ser objeto de negócio jurídico bilateral entre os interessados. O titular do *lus servitutia habendae* consente em que se constituam por negócio jurídico bilateral, em vez de o serem por exercício de pretensão constitutiva. ç questão de interpretação dos atos jurídicos saber-se se houve negócio jurídico constitutivo ou apenas negócio jurídico declaratório ou de reconhecimento da satisfação dos pressupostos. Presume-se que foi constitutivo, isto é, que se criou servidão, voluntariamente O negócio jurídico declaratório não poderia reconhecer o que ainda não é.

A servidão negocialmente constituída pode retirar algum dos pressupostos da pretensão *servitutis habendae;* pode também deixar incólume essa pretensão, por subsistir algum dos fundamentos do art. 117, a), 19, *c)* e *d)*.

Se a servidão negocíal faz desaparecer qualquer das necessidades mencionadas no art. 117, não houve adimplemento de obrigação *ex lege,* como alguns pensam; mas apenas no plano fático constituição negocial, que nada tinha com a pretensão *servitutis habendae* Salvo cláusula expressa, ou referência à pretensão ou à *obligatio ex lege.*

A servidão "aquaeductus" também pode ser constituída por testamento ou outro ato jurídico unilateral, que seja juridicamente adequado. Igualmente, nas ações executivas (§§ 2.233--2.237).

2.NECESSIDADE DA SERVIDÃO . Em qualquer das espécies do art. 117 do Decreto n. 24.643, supõe-se *necessidade da servidão:* ou porque não haja outro meio, ou porque, havendo-o, seria excessivamente dispendioso

Se há utilidade publica, tem o Poder Executivo de decretar a desapropríaçao seguindo-se o processo das desapropriações No art. 120, diz o Decreto n. 24.648: "A servidão que está em causa será decretada pelo Governo, no caso de aproveitamento das águas, em virtude de concessão por utilidade pública; e pelo juiz nos outros casos", O Poder Executivo pode constituir servidão de apanhar águas, *aquae haustus,* em se tratando de águas públicas (Decreto n. 24.643, arts. 36, 48-52). Pode constituir servidão de aqueduto por prédios

públicos.

Não, porém, ainda se há utilidade pública, por prédios particulares ou de outras entidades de direito público, salvo respeitada a Constituição de 1946, art. 141, § 16, 1.a parte, e observado o processo legal das desapropriações

Fundo dominante é aquele a que se conduz a água; fundo servente, aquele pelo qual ou do qual se conduz, supondo-se que a água não lhe pertença (se lhe pertence, a servidão é *aquae haustàs* e *aqueductus)*.

(a) "Necessidades primeiras da vida" são (Decreto n. 24.648, art. 117, a) as necessidades de beber, lavar, cozinhar. Vida do homem, e não dos animais, porque, quanto a esses, o fundamento é o do art. 117, 19. Fontes decorativas, ou chafarizes de embelezamento não bastam a pretensão à constituição sentencial de servidão, com base no art. 117, *a)*. Sem razão ,N.GERMANO *(Trattato deite Servitú,* IV, 495 s.). Trata-se de conceito estrito.

(19 Quanto à necessidade para serviços da agricultura ou da indústria, que é matéria do art. 117, do Decreto n.

24.642, primeiramente se observe que a necessidade há de ser serviço da agricultura ou da indústria, que se haja feito destinação do prédio. Porém nada obsta a que a servidão seja "de futuro".

(c)A necessidade pode consistir em se ter de escoar água superabundante. O prédio serviente suporta êsse escoamento. Em vez de aducção, educção; domina o prédio que se esvazia, ou a que diminui o volume de água.

Há o *direito de vizinhança* que corresponde ao dever, estabelecido no art. 563 do Código Civil, de o dono do prédio inferior receber as águas que correm naturalmente do prédio superior. No art. 69 do Decreto n. 24.643

repete-se o art. 563 do Código Civil. Se as águas são superabundantes e não provêm de fluxo natural, como se o dono do prédio superior abriu poço, cacimba, ou fôsso, ou buscou e encontrou veio de água, que não pode utilizar ou esgotar sem ser pelo prédio vizinho, causa dano a êsse por ato-fato ilícito ou por fato ilícito a evasão das águas pelos prédios inferiores ou do mesmo nível. A servidão voluntária ou pelo uso (art. 698) pode-se estabelecer; se não foi criada, pode-se pensar em servidão coativa (Decreto n. 24.643, art. 117, *d).* De servidão coativa só se pode cogitar se o escoamento das águas superabundantes é necessário para o prédio dominante.

Aqui, não se tem de verificar se o prédio serviente é inferior ou da mesma altitude. Se o escoamento só se pode fazer por prédio mais elevado, a servidão é constituível, utilizando-se bombas.

A servidão pode ser para um só prédio, ou por dois ou mais, se o exige o escoamento.

Se as águas derivam, naturalmente, do prédio superior e há, em conseqüência , direito de vizinhança, nenhuma indenização se pode exigir. Se há adição de águas que decorrem naturalmente e águas artificialmente fixadas no prédio, tem-se de proceder à verificação quantitativa, para se saber o que é direito de vizinhança e o que não no é.

Se o dono do prédio que tem águas superabundantes também o é de outro prédio, por onde podem sair as águas, sem grande onerosidade (Decreto n. 24.648, art. 124), não há pretensão *servitutis habendae.* Se o dono do prédio vizinho oferta a constituição voluntária de servidão, não se exclui, com isso, a pretensão à constituição coativa, como há quem pense; a aceitação e que tornaria sem invocabilidade o art. 117, dada a desaparição da necessidade. A oferta pode, quando muito, ser elemento para se decidir sobre a servidão por força de sentença.

O direito de derivar água quer se trate de aducção quer de educção contém o de fazer represas e açudes (Decreto n. 24.643, art. 119), ou simplesmente fossos, canais, ou leitos de corrente, para o esvaziamento.

A servidão de educção, constituída coativamente, isto é, em virtude de exercício de pretensão à constituição, vem-nos do Alvará de 27 de novembro de 1804, § 11. Não se há de confundir com o direito de vizinhança ao escoamento de água (Código Civil, art. 563).

A pretensão à servidão coativa não depende de serem limpas, ou não, as águas,- pois que se pode ter de desviar ou de eduzir água pútrida, ou venenosa, ou corrosiva. Nem se exige que se trate de água derivada naturalmente, erro de alguns juristas que confundem o direito de vizinhança com base no art. 563 do Código Civil e a servidão coativa do art. 117, *e)* ou *d),* do Decreto n. 24.648 *(e. g.,* E. PACIFICIMAZZONI, Trattato delle Servitú legali, *Codice Civile italiano connnentato,* □

6 a ed., 564; certo, G. PULvIRENTI, DelIe Servitú stabilite

delia legge, *Ii Diritto civile italiano* de P. Fíoa~s e E. Baum, Parte V, li,

2.~ ed., 487). Qualquer água superabundante pode ter de ser esgotada. Água, ainda imunda; não estérco, urina, fezes. Não se trataria de servidão de aqueduto, mas de servidão de latrina, ou de cloaca.

Se há terceiro com direito à água, mas,a despeito do exercício do direito de servidão, há excesso, o escoamento somente pode ser quanto à superabundância Se o terceiro não está a exercer o direito de servidão e daí provém o excesso, ou o agravamento da situação, o terceiro é litisconsorte necessário na ação de constituição da servidão: tem-se de proceder à vistoria e tomar-se medida provisória, ou cominar-se pena ao terceiro, para que exerça a servidão, ou dê saída à água que lhe tocaria. A sentença é de constituição de servidão e de regulação do exercício da servidão ou das servidões anteriores e da que se constitui. (Têm-se, aqui, de evitar soluções que são peculiares a outros sistemas jurídicos.) O que antes se disse sobre as servidões de água *(aquae haustus),* que possam ser prejudicadas com a constituição da servidão de esgotamento, também se há de atender quanto às servidões de pesca e outras que possam ser atingidas.

Se o prédio está em usufruto, uso ou habitação, na ação posta pelo dono tem de ser ouvido, como parte, o titular de qualquer daqueles direitos; e vice-versa. Há litisconsórcio necessário unitário.

Já MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Coleção de Dissertações jurídicas e práticas,* 117) se referia à espécie: ". . . quando um rio, ou ribeira, tem tantas tortuosidades, que, fazendo as águas retrocessos, inundam e esterilizam os prédios adjacentes, caso em que pode haver coação para que os vizinhos sejam obrigados, pago o justo preço, a permitir pelos seus prédios a direção e encanamento do rio, ou ribeira, em ordem a se evitarem aquelas inundações... ". A construção, aí, é a de direito formativo gerador (= *à* constituição de servidão).

(d)A necessidade pode consistir na servidão para se enxugar ou bonificar terreno. Então, o esvaziamento de água tem por fim secar o prédio dominante, ou melhorá-lo. O substantivo "bonificação" está, no art. 117, *d),* do Decreto n. 24.643, no sentido de tornar melhor, pouco usado mas existente na língua. O escoamento, aí, em vez de ser devido à necessidade de evitar as conseqüências do excesso de água, tem por fito melhora do terreno, como se há de ser dessecado para despaludização ou deepantanização ou prevenir erosões. É preciso que haja necessidade de tais resultados; não basta a suposição do proprietário do fundo que se quer beneficiar.

Não importa até onde tem de ir o escoamento ou educção. Não se

pode jogar a água em prédio de que não possa sair, ou onde não, possa ser absorvida.

Os pensamentos que se exprimiram no Decreto n. 24.648 são velhos de séculos, nas fontes do direito brasileiro.

A legitimação ativa é segundo os princípios gerais (dono, enfiteuta, usufrutuário, usuário, habitador, possuidor próprio ou não, cujo título de dono, enfiteuta, usufrutuário, usuário, habitador, foi registrado, sem direito).

Na ação proposta pelo usufrutuárie, ou pelo usuário, ou pelo habitador, tem de ser citado o dono; e vice-versa.

Há litisconsórcio necessário unitário. A sentença somente contra um seria ineficaz contra o outro ou os outros.

Cf. Código de Processo Civil, art. 91.

No direito romano, era proibido esgotar-se, para enxugar ou melhorar (educção de águas para o prédio vizinho).

Comentando o Alvará de 27 de novembro de 1804, escrevia MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Coleção de Dissertações jurídicas e práticas,* 118) .... . não tendo antes da nossa lei o senhor do prédio superior ação alguma contra o do prédio inferior para nele receber as águas assim juntas por meio de tal manufatura inovada aonde faltava o contrato ou posse imemorial, e tendo vice-versa o senhor do prédio inferior ação contra o do superior para lhe fazer demolir todas essas operações, por mais úteis que fossem ao superior, agora a nossa lei providenciou, e êste, com o remédio, que vemos praticável no caso desta hipótese, apesar do direito romano em contrário". O autor dá outros exemplos: o de quem precisa de lameiro para o plantio de arroz e de escoar àguas sobrantes; o de quem não precisa da água fora do tempo das regas; o de ser necessário pôr canos para desviar águas, desembocanção no prédio vizinho, ou alhures. Acrescentemos: o de quem foi surpreendido por veio de água que pode causar grandes danos.

No sistema jurídico brasileiro, não há servidão coacta a favor de prédio que a dê a outrem, salvo se há indústria de água no prédio dominante. O uso industria! há de ser por parte do fundo dominante. Não há servidão coacta a favor de agricultura e indústria de terceiro. Se o prédio dominante faz parte de fundo de empresa, não importa se se utiliza a água nêle, ou noutro bem do fundo de empresa.

(Sempre que nos referimos a empresa e servidões não supomos que se haja dilatado, contra os princípios, o conceito de servidão, a ponto de se apagar o requisito necessário da interpredialidade ou interfundiariedade É

preciso que o prédio se tenha tornado de tal modo parte da empresa que a indústria ou comércio, a que essa se dedica, se haja impresso, como destinação, ao prédio, ou que a destinação do prédio esteja a base da empresa No sistema jurídico brasileiro, não há o *princípio da atualidade da necessidade.* A servidão coacta pode ser *de futuro.*

3. ÁGUA E PREDIO. A qualidade química ou física da água não é obstáculo à pretensão à constituição da servidão. Apenas pode especializá-la, no sentido de se ter de alegar e provar necessidade de tal água.

No art. 118 do Decreto n. 24.643, lança-se o *princípio,* tradicional, *da imunidade relativa das casas,* e tal princípio há de ser entendido no sentido de se ter abstraído de se tratar de prédio urbano ou de prédio rústico. A excessiva onerosidade, em que importariam tais servidões de aqueduto, sugeriu, *de iure condendo, a* regra jurídica. O que é casa e parte contígua, necessária, isto é, que seja indispensável à casa em sua concepção arquitetônica e econômica, está protegido pelo princípio da incolumidade relativa da casa. Portanto, somente se há necessidade pública pode ir até aí a constituição desapropriativa de servidão (Decreto n. 24.643, art. 118, parágrafo único). Não importa a destinação da casa (habitação, hotel, hospedaria, bar, armazém de secos e molhados, loja de fazendas, casa de campo ou de verão). Tem-se de afastar, salvo se caracterizada a utilidade pública na aqueducção, a constituibilidade de servidão em casa e contornos (partes contíguas necessárias) em que habitem ou trabalhem homens e animais de quintal. Todavia, se a aducção ou a educção se pode fazer, sem excesso de onerosidade, por tubos subterrâneos, o art. 118 do Decreto n. 24.643, por sua *ratio legis,* deixa de incidir.

Quem pede a constituição da servidão tem de alegar e provar que é *dono de águas,* por domínio, ou outra direito real, ou que do registro consta como tal, e alegar e provar que o caminho ou passagem que indica é o mais conveniente e menos prejudicial ao prédio do demandado. Se o tempo dentro do qual se tem o direito é determinado, ou o direito é sujeito a condição resolutiva, a servidão de aqueduto tem de ser para essa duração, mas, tratando-se de direito real limitado, se as águas pertencem ao dono do prédio, a servidão é para o tempo que dura o direito às águas.

Também tem de alegar e provar que a *finalidade* do uso das águas cabe num dos incisos do art. 117 do Decreto n. 24.643. Não se poderia abrir exceção ao *favor libertatis* sem se ter por certo que há necessidade do uso das águas e do aqueduto.

Nada obsta, no sistema jurídico brasileiro, a que se constitua a servidão sob condição resolutiva ou a termo resolutivo, como se já se sabe que a *necessidade* (Decreto n. 24.643, art. 117) cessará algum dia. Se o direito às águas é a termo resolutivo, ou sob condição resolutiva, a servidão necessariamente o é. Se o direito é por tempo indeterminado, ou a termo ou sob condição resolutiva, o tempo para a servidão pode ser menor, isto é, respectivamente, ser a termo mais próximo, ou sob condição resolutiva que se pode implir antes de se dar o implemento daquela.

Quanto à *suliciéncia* da água, o sistema jurídico brasileiro não se referiu a ela. Pode-se necessitar de x, mas ser conveniente receber-se o que já se tem, ou prevenir-se o dono do prédio dominante, em servidão *de futuro,* para juntar às águas aduziveis águas que terá de obter. Pode haver vantagem em recebê-las já, ou ter, desde já, aqueducção.

A necessidade não desaparece se o demandante dispõe, no momento, de águas que não são suas, como se as fornece, por obrigação pessoal, terceiro, ou o próprio demandado, ou se delas se utiliza o demandado por tolerância do dono das águas.

1□

4.LEGITIMAÇÃO ATIVA À AÇÃO CONSTITUTIVA. Quem tem direito à água, diz o Decreto n. 24.643, art. 117; portanto, o proprietário do outro prédio, o enfiteuta, o usufrutuário, o usuário, o habitador, o dono da empresa de cujo fundo de empresa faz parte o prédio. Levanta-se a questão de se saber se também é legitimado ativo o possuidor próprio. Afirmativamente,

E.PAcírícI-MzzoNI (Trattato delle Servitú legali, *Codice Civile italiano comrnentato,* 6~a ed., 529) ; negativamente, com razão, L. CARlOTA-FERRARA, *Codice Civile* de M. D"AMELIO, 749; G. BRANCA, DelIe Servitú prediali, *Commentario dcl Codice Civile,* IN, 356 s.). Isso não quer dizer que o possuidor próprio, que aparece como dono, no registro, seja pré-excluído. Enquanto

consta do registro, há a legitimação ativa. Idem, quanto ao possuidor como usufrutuário, usuário ou habitador.

Ainda em se tratando de servidão para escoamento, ou enxugo ou bonificação, não é legitimado o locatário.

A servidão de aqueduto somente pode ser pedida se a água *pertence* ao dono do prédio necessitante. Não, se a água pertence a outro prédio. Se a água é *res communis omnium,* está satisfeito o pressuposto (J. J. C.

PEREIRA E SOUSA, *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil,* IV, 84: "Os outros rios públicos são de uso comum e deles pode qualquer extrair as águas de que necessitar para construir moinhos, azenhas e outras quaisquer máquinas, assim como para fertilizar os seus prédios") - Idem, se as águas são comuns, podendo cumular-se a ação de divisão. Ou se há servidão de extração ou retirada de água (servidão *aquae haustus) ;* ou se o dono do prédio tem autorização ou concessão administrativa *(e. g.,* servidão) de águas.

As servidões de que cogitam os arts. 117-138 do Decreto n. 24.643 de modo nenhum se podem conceber como servidões de prédio a alguém, pessoalmente; porque o Código Civil e a legislação brasileira especial desconhecem servidões *pessoais.* Hão de ser de prédio a prédio, ou melhor de imóvel a imóvel. Não há aqueduto coacto que se possa conceber como *uso,* e não *servidão.* Não se têm, no sistema jurídico brasileiro, servidões irregulares. A servidão pode ser entre dois prédios, para que da água se aproveite empresa, que tem o prédio. Não, porém, para fornecer a terceiro (sem razão, N. GERMANO, *Trattato deile Servit* ii, VI, 498; O.

PULVIRENTI, *DelIe Servitú stabilite della legge,* 387; cf. P. E. BENSA, *Delle Servitit prediali,* 298; N. SToLrí, *Diritio civite,* II, *2,* 246). O locatário de modo nenhum é legitimado.

Fundo dominante é aquele a que se *leva* a água, de modo que há tantas servidões quantos os prédios por onde se conduz até aquele.

5.OBRAS NECESSÁRIAS Á SERvIDÃO. Diz o art. 119 do Decreto n. 24.643: "O direito de derivar águas nos termos dos artigos antecedentes compreende também o de fazer as respectivas reprêsas ou açudes". Quer se trate de aducção quer de educção, tem o titular do direito de servidão, ou da pretensão à constituição dela, o de fazer as obras necessárias a ela.

Enquanto não transita em julgado a sentença constitutiva, nenhum ato pode ser praticado que moleste o prédio que vai servir. As obras teriam de ser interiores ao prédio que se quer dominante. Passada em julgado a sentença, ainda que não haja especificado as obras

necessárias a estabelecimento e ao exercício da servidão, tem o titular do direito de servidão o de fazer tais obras.

Se a efetividade da servidão de educção de água depende de se fazer açude público, ou canal público, nada obsta a que se constitua servidão *de futuro,* uma vez que já se projetou, oficialmente, tal açude, ou canal. Não é preciso já estar iniciada a construção.

Quem tem água que deva defluir por aqueduto tem de abri-lo ou constituí-lo. Não pode impor que a servidão seja no aqueduto existente, ou que se vai destinar a outras águas, salvo se pode invocar, tratando-se daquele, o art. 134 do Decreto n. 24.643. Todavia, o dono do prédio obrigado à servidão coativa pode oferecer o próprio aqueduto, se com isso não ofende direito de terceiros. Então, a indenização, que se há de prestar, é pela passagem da água (Decreto n. 24.643, art. 120, § 3.0) e pela comunhão no aqueduto conforme a quota de água.

É escusado advertir-se que só nos referimos a aquedutos construídos, e não a canais e fossos, porque a passagem por esses não dá qualquer comunhão no aqueduto. Se o aqueduto construído não pertence ao prédio pelo qual passa, falta ao dono do prédio serviente poder de disposição: não pode, portanto, oferecê-lo. Também não tem o dono do prédio serviente o direito de oferta do aqueduto construído se êsse não poderia satisfazer o uso que o dono do prédio dominante quer dar à água, ou se se precisaria de adaptação do aqueduto já construído, com excessivo dispêndio . Se há canal ou fôsso, de que não se utiliza o prédio serviente, ou terceiro, ou se, utilizado por terceiro, nem por isso deixaria de bastar à servidão, pode o dono do prédio serviente ofertá-

lo, mas sem direito a outra indenização que a do art. 120, § 3□0, do Decreto n. 24.643.

Em vez de se indenizar pela aquisição de quota no aqueduto, pode ser conservado o *status quo* a respeito da propriedade do aqueduto e só se indenizar pela utilidade, sem encargos de conservação e reparos.

Se o aqueduto é construído pelo dono do prédio dominante e lhe pertence, a utilização posterior pelo dono do prédio serviente é possível, se satisfeitos os pressupostos que se exigiriam ao dono do prédio dominante para se utilizar do aqueduto já construído pelo dono do prédio serviente. Todo ato do dono do prédio serviente de utilização do aqueduto alheio é esbulhante ou turbativo de posse do prédio dominante, de que o aqueduto é parte integrante.

A despeito do art. 188 do Decreto n. 24.648, as servidões que sejam de constituir-se a favor de prédios públicos (comuns do povo, ou do Estado), ou de empresas autorizadas ou concessionárias de obras públicas, não escapam aos princípios acima expostos *(aliter,* no direito italiano, Código Civil italiano, art. 1.034, alínea *g a,* cf. F. PACEILI, *Le Acque pubbliche,*

3 a cd., n. 376).

O nôvo aqueduto pode ser ao lado, por baixo., ou por cima do aqueduto existente, desde que não lhe cause dano, nem lhe dificulte a conservação ou o reparo.

§ 2.212. Ação de constituição de servidão de aqueduto

1.PRETENSÃO E AÇÃO "SERVITUTIS IIABENDAE". O titular do direito e da pretensão a obter servidão ainda não é titular de direito de servidão. Ainda não há prédio dominante e prédio serviente. Há, contudo, direito à servidão. Direito real incluso no conteúdo do direito de propriedade. Direito *real* a adquirir direito *real.*

Já fizemos, com pormenores, a construçfto das servidões de que cogita a *lez specialis.* Mostramos que a figura jurídica é intercalar, proveniente de *vacilação,* digamos assim, entre a categoria do direito de vizinhança e a categoria do direito de servidão: em vez de se conceberem as espécies como de direito de vizinhança em sua simplicidade de direito limitativo (= que limita o conteúdo do direito de propriedade, de modo que só *após* êle começa o conteúdo do direito de propriedade), ou como direito de servidão (direito formado, que *restringe,* ao invés de limitar o conteúdo do direito de propriedade), lança-se mão do conceito de direito formativo gerador: há o direito à servidão e o direito de servidão, que nasce com o exercício daquele.

A ação de constituição de servidão de aqueduto é *ordinária,* a despeito do art. 568 do Código Civil, que foi exposto no Tomo XIX, §§ 1.539, 4, e 1.548, 10. Pode haver outros interessados; daí a necessidade de edital de citação. Já assim se estabelecia no Alvará de 27 de novembro de 1804, § 11, *verbis* .... algum proprietário em particular empreender o tirar de algum rio, ribeiro, paul, ou nascente de água, algum canal, ou levada, para regar as suas terras, ou para as esgotar, sendo inundadas", "citando-se por editos as partes interessadas"). A citação edital não dispensa a citação pessoal de quem é conhecido e está em lugar sabido.

A ação é constitutiva e, trânsita em julgado a sentença, iniciam-se as obras. Se, durante elas houver danos ao prédio serviente, pode o dono desse pedir que sejam indenizados, ou que preste caução o autor.

Estatui o art. 120 do Decreto n. 24.648: "A servidão que está em causa será decretada pelo Governo, no caso de aproveitamento das águas, em virtude de concessão por utilidade pública, e pelo juiz nos outros casos". Lê-se no § 1$: "Nenhuma ação contra o proprietário do prédio serviente e nenhum encargo sobre êste prédio poderá obstar a que a servidão se constitua, devendo os terceiros disputar os seus direitos sobre o preço da indenização". E o § 2.0: "Não havendo acordo entre os interessados sobre o preço da indenização, será o mesmo fixado pelo juiz, ouvidos os peritos que eles nomearem". E o § *39:*

"A indenização não compreende o valor do terreno; Constitui unicamente o justo preço do uso do terreno ocupado pelo aqueduto, e de um espaço de cada um dos lados, da largura que for necessária, em toda a extensão do aqueduto". E o § 49: "Quando o aproveitamento da água vise o interesse do público, somente é devida indenização ao proprietário pela servidão, se desta resultar diminuição do rendimento da propriedade ou redução da sua área".

Do art. 120, 13 parte, do Decreto n. 24.643 já se cogitou. A parte □a apenas alude ao juiz, "nos outros casos".

2

Mas por sentença há de ser qualquer constituição desapropriativa de servidão, haja, ou não, utilidade pública.

(A constituição do direito à servidão, coativamente, ainda nas espécies de que se trata, que são de atendimento a exercício de direito formativo gerador, por simples ato administrativo, não seria contrária à Constituição de 1946, art. 141, § 16, 13 parte, porque nos pressupostos da desapropriabilidade não está o da decisão judicial, por mais recomendável que isso fosse, *de iure condendo.* Mas estaria a tutelar os direitos dos desapropriados o art. 141, § 49, da Constituição de 1946. *De lege* lata, havendo lei que exige à desapropriação ordinária a decisão judicial e estando, no Decreto n. 24.643, repetidas alusões a juiz, não se pode adotar outra interpretação que a de ser pressuposto da constituição da servidão a sentença judicial. Ainda nos casos de utilidade pública, porque o art. 120 do Decreto n. 24.643 exigiu, *a mais,* a "declaração ", à semelhança das desapropriações comuns, sem dispensar o processo judicial de desapropriação.)

No § 19, diz-se que nenhuma ação contra o proprietário (entenda-se: contra o proprietário, o enfiteuta, o usufrutuário, o usuário ou o habitador) pode obstar a que a servidão de aqueduto se constitua. Tudo se resolve em termos de indenizaÇÃO. Mas é óbvio que o § 19 não se pode referir a servidões anteriores que poderiam ficar sacrificadas ou atingidas pela nova servidão. Tem-se de encontrar solução que concilie os interesses, ou pese as necessidades; mas sempre se há de indenizar a quem sofra com a constituição da nova servidão, ainda se terceiro. Aliás, esses terceiros têm de ser citados, porque as circunstâncias podem fazê-los litisconsortes necessários, ou voluntários, ou assistentes. Não há solução a *priori.* No Alvará de 27 de novembro de 1804, §

12, 29- parte, dizia-se: "E excetuo também o caso em que a levada prejudique a outra já construída, ou seja para rega de terras, ou para alguns engenhos; porque então somente será permitida licença quando possa haver cômoda divisão da água, de forma que não fique inútil, ou a cultura já feita, ou o engenho já construído".

O§ 2.º‟ só tem alcance processual. Quanto ao § 39, a indenização é o do "justo preço do uso do terreno", isto é, justo preço da servidão, *mais* o de faixa que acompanhe o aqueduto, em toda a extensão, com a largura que for necessária .

O proprietário do prédio serviente continua dono do espaço ocupado pelo aqueduto, devendo pagar os impostos, taxas e mais contribuições correspondentes a êle. Dai a necessidade de ~er indenizado, ainda que não haja obras, como se só se aproveita canal. O Decreto n. 24.648, art. 120, § 3□O, diz que "a indenização não compreende o valor do terreno". Tal proposição atende ao que se passa e acima se expôs. O que adquire o dono do prédio dominante é o uso, provàvelmente o aqueduto como obra, aderente ao terreno mas, precisamente, parte integrante do direito de servidão.

A indenização, segundo o art. 120, § 3□O, do Decreto n. 24.648, é o correspectivo do ônus de servir, consistente em redução do rendimento provável e do poder de dispor da área ("diminuição do rendimento da propriedade ou redução de sua área") - Se a servidão é perpétua, a indenização há de levar em conta a perpetuidade. Se o não é, tem-se de considerar o tempo, que há de ser certo, ou incerto quando, conforme se trate de termo certo ou incerto quando, ou a eventualidade mesma da condição.

O § *49* alude ao interesse público (= utilidade pública), para dizer que a indenização seria pela diminuição do rendimento da

propriedade, ou redução da sua área, se o aproveitamento da água é de interesse público. Surge a questão de se saber se essa regra jurídica, oriunda do Governo provisório de 1980-1934, fere, ou não, à Constituição de 1946, art. 141, § 16, que corresponde ao art. 113, 17), da Constituição de 1934, que veio logo após o Decreto n. 24.643, e ao art. 122, 14, da Constituição de 1937. A indenização há de ser prévia e em dinheiro; mais: há de ser justa. ~ É sempre justa a indenização que só atenda à diminuição do rendimento da propriedade ou à redução da área? Não; a servidão que desvaloriza sem tirar área, ou tirando-a ínfima e sem diminuir o rendimento restringe o direito do proprietário do prédio serviente: a Constituição de 1946, art. 141, §

16, 19- parte, exige que a indenização seja justa; e o mesmo se passava com a Constituição de 1934, art. 113, 17). Praticamente , é sem provável controvérsia a avaliação do dano pela diminuição do rendimento e redução da área se os avaliadores tomam a parcela correspondente à diminuição do rendimento, tal como existe agora ou seria de prever com a utilização normal, e a ela acrescenta a parcela que represente o que se há de considerar dano pela redução da área, sem se cogitar de rendimento.

2.CAUÇÃO POR DANO INFECTO. Lê-se no art. 121 do Decreto n. 24.643: “Os donos dos prédios servientes têm, também, direito à indenização dos prejuízos que de futuro vierem a resultar da infiltração ou irrupção das águas, ou deterioração das obras feitas, para a condução destas. Para garantia deste direito, eles poderão desde logo exigir que se lhe preste caução”.

Ao surgimento de danos causados por infiltração ou irrupção das águas, ou deterioração das obras feitas, o constituir da servidão de aqueduto é responsável pela indenização.

No sistema jurídico brasileiro, não há a inclusão, desde logo, dos danos futuros no cômputo da indenização de que cogita o art. 120, § 3□O, do Decreto n. 24.643. Não são futuros os danos que derivem necessária e imediatamente das obras ou utilizações , tais como foram projetadas e fazem parte da descrição, no ato constitutivo, como se se pode determinar, desde já, o prejuízo que vai resultar da separação entre as partes do fundo serviente pelo aqueduto, ou do corte necessário de árvores.

Os danos pelos quais há de pagar indenização o dono do prédio serviente são os *previsíveis ,* embora não imediatos, e os *imprevisíveis ;* a caução refere-se àqueles, ou aos que, no momento em que é pedida, já se tornaram previsíveis.

Surge, aqui, questão digna de especial atenção. a) Se a indenização tinha de ser paga *antes* da constituição e não no foi, a ação de indenização prescreve segundo o art. 178, § 10, IX, do Código Civil, contado o prazo prescripcional da data do trânsito em julgado da sentença constitutiva. *b)* Se a indenização teria de ser paga ao ocorrer o dano, somente da data desse se começa de contar o prazo prescripcional. O que foi dano acordo. ou dano somente pelo fato da constituição, rege-se segundo a) - O que poderia ter sido pago adiantadamente, se bem que correspondente a dano futuro, e não no foi, e o que teria de ser pago quando o dano ocorresse, regem-se segundo *b)*.

3.ESTRADAS, VIAS E CAMINHOS PÚBLICOS. Estabelece o art. 122 do Decreto n. 24.643: "Se o aqueduto tiver de atravessar estradas, caminhos e vias públicas, sua construção fica sujeita aos regulamentos em vigor, no sentido de não se prejudicar o trânsito". Na L. 14, § 2, D., *de servitutibws,* 8, 1, PAULO somente admitia a servidão em caminho público mediante ato jurídico do Príncipe; no § 1, pré-excluira qualquer servidão de aqueduto que atravessasse lugar ou caminho público. A solução, para o direito luso-brasileiro, dava-a MANUEL DE ALMEmA E SOuSÁ *(Tratado prático e compendiário das Águas,* 52 s.) ; mas, hoje, o que mais nos interessa é saber se os "regulamentos em vigor", a que se refere o art. 122 do Decreto n. 24.643, podem pré-excluir as passagens pelas ruas, ou mais vias, ou cortando as ruas, ou mais vias. O art. 141, § 49, da Constituição de 1946 permite que se submeta a exame judicial o despacho da autoridade administrativa e a própria lei, que se faça (a *fortiori,* o regulamento) ; e não há negar-se a pretensão *servitutis habendae* se se alega e prova que nenhum dano sofre o Estado ou, se o há, previamente se indeniza.

Nas espécies do art. 122 do Decreto n. 24.643, o ato administrativo da administração, que ora é de autorização, ora de concessão, cria relação jurídica entre o dono do prédio dominante e o povo ou o Estado. Discute-se qual a natureza dessa relação jurídica, a) se de servidão, li") se de concessão revogável ou autorização, ou e) se de servidão excepcionalmente revogável, ou *d)* se a figura jurídica depende do ato administrativo que, *in casu,* foi expressivo do consentimento da autoridade pública. Como em a), a opinião mais freqOente, sem aprofundamento; como em lO, F. CÂMMEO *(Corso di Viritto amministrativo,* II, 144) e A. Cxcii *(Servitú prediali,* 77); como em e), C. GIROLA *(Le Servitiz prediati pubblicke,* 175), (1. MILANI *(Distinzioni delie Serviti~ prediali,* 69) e outros. A primeira opinião abstrai de qualquer diferença entre os atos administrativos que podem

compor o negócio jurídico bilateral em que o Estado consente e desatende a que desde o direito romano podia, pelo menos, não se tratar de servidão (cf. E. BIONDI, *La Categoria romana delie Servitut es,* 577 s.). A segunda, demasiado preocupada com a revogabilidade, não cogitou de espécies em que o ato administrativo não é revogável. A terceira buscou termo médio, desnaturando ao mesmo tempo a categoria da servidão e a da autorização ou outra entrega pelo Estado com caráter revogável. Em verdade, não há resposta a *priori.*

Se o ato administrativo não estabeleceu relação jurídica de servidão, nem é revogável, ainda resta ao Estado a resolução da relação jurídica por infração por parte do favorecido pela passagem se mudou a destinação dela, ou se sobreveio dano à via pública, ou à saúde pública. É preciso que se não confundam *revogação* e *resolução.*

Se se configurou servidão, o Estado pode ser demandado em ação possessória ou petitória, como qualquer pessoa jurídica. No sistema jurídico brasileiro, assim é, embora nos sistemas jurídicos estrangeiros não se haja operado a evolução que no Brasil se operou. Não se pode dizer que, no tocante a bens do povo, ou do Estado, não podem existir direitos reais limitados: o que apenas acontece é que, em caso de infração ou dano oriundo do titular do direito real limitado, ou de ato-

-fato, ou de fato ligado *à* obra, pode ser atacado, resolutiva-mente, o negócio jurídico e cair o direito real limitado. A construção é a de constituição com cláusula resolutiva, que se reputa implícita em tais negócios jurídicos administrativos: a de ofensa a interesse público *maior,* ou infração do que se acordo, ou dano de difícil reparação. O Estado não pode suportar que não se pesem interesses públicos. Tudo isso nada tem com a revogabilidade ou irrevogabilidade dos atos administrativos.

Desde 1804, *em□ lei* (o Alvará de 27 de novembro de 1804), se admitiu no direito luso-brasileiro a servidão coativa de aqueduto, ainda nas quintas nobres, por "expressa resolução" do rei. Já havia a serventia em precário, portanto revogável o ato administrativo, sabendo-se que não era servidão. O texto que se reverenciava, de J. VOET *(Commentarius ad 1*"*andecta:?,* II, 414), era aquele onde dizia que, com a constituição em precário, se desnatura a servidão, por fazer-se revogável a líbito o ato do outorgante.

4. DIREÇÃO, NATUREZA E FORMA DO AQUEDUTO. Lê-se no art. 123 do Decreto n. 24.643: "A direção, natureza e forma do aqueduto devem atender ao menor prejuízo para o prédio serviente". A regra de

julgar, que ai se contém, manda atender-se ao cômodo do prédio serviente, e não só à necessidade do prédio dominante. Já o Alvará de 27 de novembro de 1804, § 11, falava de se demarcar e assinalar "o lugar e sitio mais cômodo por onde ela (a servidão) pode ser construída". É o principio geral às servidões de serem "minore servientis fundi detrimento" (L. 9, D., *de servitutibus,* 8, 1). Supõe-se que não haja outro lugar em prédio do autor pelo qual se possa fazer aducÇÃO, porque, se o há, a pretensão *servitutis habendae* não existe. Se ela existe e se tem de constituir a servidão, é que cumpre atender-se à necessidade do prédio do autor e ao mínimo de incômodo ao do demandado. Se há dúvida quanto àimportância daquela e desse, decide-se a favor do demandado (MANUEL

HAGNA QUARESMA, *Thesaurws quotidianarum resotutionum,* c. 28, n. 22).

Se a vantagem do prédio dominante é menor do que o prejuízo do prédio serviente, discute-se se tem o juiz de negar a constituição de servidão *(princípio da proporcionalidade entre vantagem e dano),* ou se não lhe cabe apreciar qual é maior *(principio da independência da vantagem e do dano).* Não há, no sistema jurídico brasileiro, o primeiro princípio: apura-se se há vantagem e se vai haver dano, O *principio do menor prejuízo* (Decreto n. 24.648, art. 128) nada tem com o assunto. Passa-se o mesmo no direito italiano *(G.* SEGztÉ, *Scritti giurit. dici,* IV, 159 s., 176 s. e 195 s.).

Diz o art. 124 do Decreto n. 24.643: "A servidão que está em causa não fica excluída por que seja possível conduzir as águas pelo prédio próprio, desde que a condução por êste se apresente muito mais dispendiosa do que pelo prédio de outrem". O art. 124 do Decreto n. 24.643 explícita que, se o interesse em passar a água pelo prédio alheio é maior do que o de passar pelo prédio próprio, a pretensão à servidão existe: apenas se há de apurar se a aqueducção pelo prédio próprio seria "muito mais dispendiosa".

Estatui o art. 125 do Decreto n. 24.643: "No caso de aproveitamento de águas em virtude de concessão por utilidade pública, a direção, a natureza e a forma do aqueduto serão aquelas que constarem dos projetos aprovados pelo Governo, cabendo apenas aos interessados pleitear em juízo os direitos à indenização", O art.

125 do Decreto n. 24.643 não pré-exclui que os interessados na indenização aleguem o que seria de alegar-se em qualquer ação de desapropriação. Se, constituída a servidão, não é utilizada, por

mudança no projeto que fora aprovado, é invocável o art. 1.150 do Código Civil: "A União, o Estado, ou o Município oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino para que se desapropriou".

(De passagem observemos que, na feitura dos projetos concernentes a serviços públicos ou ao público, não tem o Estado pleno arbítrio, quanto às incursões na propriedade privada, ou de outra entidade estatal. A necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social podem ser apreciados nos pormenores do projeto. Não pode o Estado, a pretexto de dar passagem a águas para algum aproveitamento público, ou de parte da população, evitar, por exemplo, o aqueduto pela área a e fazê-lo pela área b, somente por ser tal caminho, desaconselho a do tecnicamente , o que favorece os moradores da área a, onde residem poderosos.) Estabelece o art. 126 do Decreto n. 24.643: "Correrão por conta daquele que obtiver a servidão de aqueduto todas as obras necessárias para a sua conservação, construção e limpeza". E o seu parágrafo único: "Para êste fim, êle poderá ocupar, temporariamente , os terrenos indispensáveis para o depósito de materiais, prestando caução pelos prejuízos que possa ocasionar, se o proprietário serviente o exigir". O titular da servidão de aqueduto tem direito de fazer as obras necessárias à construção, conservação e limpeza. Por conta dele correm as despesas, ou diretamente as paga. A estada de trabalhadores e o depósito de materiais têm de ser no espaço indispensável, segundo o que for preestabelecido pela sentença, ou pelo juiz, ou deixado ao critério do titular da servidão, mas sob fiscalização e eventual apreciação do juízo.

Lê-se no art. 127 do Decreto n. 24.643: "É inerente à servidão de aqueduto o direito de trânsito por suas margens para seu exclusivo serviço". Para o exercício desse direito de trânsito, se não se trata de canalização subterrânea, deve-se deixar certa faixa de um lado e de outro do aqueduto, pelo qual se transite (MANUEL DE

ALMEIDA E SOUSA, *Coleção de DissertaÇÕES jurídicas e práticas,* 142: ". . . se o aqueduto consiste só em ser, não canal, mas água descoberta levada pelo prédio do vizinho, se deve assinar e demarcar, não só num terreno proporcionado para a cava e rego , conforme a quantidade das águas, que se hão de passar por êle, mas juntamente se há de assinar e demarcar em execução da nova lei um espaço de terra pelos lados do aqueduto, pelo qual transitem as pessoas, que a pé enxuto vão conduzir as águas").

O trânsito, de que se trata, é o *necessário à* conservação, vigilância e

reparo do aqueduto. Por isso mesmo, o art. 130 do Decreto n. 24.648 não contradiz o art. 127.

Diz o art. 128 do Decreto ri. 24.648: “O dono do aqueduto poderá consolidar suas margens com relvas, estacadas, paredes de pedras soltas ”. O dono do aqueduto. Não necessariamente o dono do prédio dominante, nem, tão -pouco, o dono do prédio serviente. Quem fêz o aqueduto, ou o adquiriu, na parte de que se trata, tem o direito a que se refere o art. 128 do Decreto n. 24.648. Estacada, disse-se; estacadas, ou sustentações de pedra, cimento armado, ou outro material.

Estatui o art. 129 do Decreto n. 24.648: “Pertence ao dono do prédio serviente tudo que as margens produzem naturalmente. Não lhe é permitido, porém, fazer plantação , nem operação alguma de cultivo nas mesmas margens, e as raízes que nelas penetrarem poderão ser cortadas pelo dono do aqueduto”. Nas margens do aqueduto, ainda fechado, ou murado, não se pode plantar, nem criar animais que possam ser danosos ao aqueduto. Se por sobre o aqueduto o dono do prédio serviente construiu, podem ter desaparecido as margens, embora ficassem aberturas ou outros meios para conservação, vigilância e limpeza do aqueduto. Se o caminha está aberto e há plantações perto, ou árvores que ali já estavam ou foram postas, o dono do aqueduto que não é necessariamente o dono do prédio dominante pode cortar raízes e galhos daninhos.

Também não pode o dono do prédio serviente usar o terreno próximo as margens para estrebarias, currais, pocilgas, estrumeiras, ou qualquer Construção que prejudique as águas ou o aqueduto (Código Civil, art 578).

Estabelece o art. 180 do Decreto ri. 24.648: “A servidão de aqueduto não obsta a que o dono do prédio serviente possa cercá-lo, bem como edificar sobre o mesmo aqueduto, desde que não haja prejuízo para êste, nem se impossibilitem as reparações necessárias”. E o seu parágrafo único: “Quando tiver de fazer essas reparações, o dominante avisará previamente ao serviente”. No que mais importa, que é o poder de cercar ou murar, a regra jurídica provém do Alvará de 27 de novembro de 1804, § ii. Interpretava-se com acerto , que, havendo tais cercas ou muros, não cessava o direito de trânsito a que se refere o art. 127 do Decreto n. 24.643

(MANUEL flE ALMEIDA E SOUSA, *Coleção de Dissertações jurídicas e práticas,* 158 a.; obscuro e confuso, LAFAJETE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas,* 1, 827 s., nota 18). O direito ao trânsito, de que se

fala no art. 127 do Decreto n. 24.648, somente vai até onde é necessário para a conservação, vigilância e reparos do aqueduto. Quando o dono do prédio serviente cerca ou edifica sobre o aqueduto, tem de restringir-se ao que é fora do *necessário* ao exercício do direito de trânsito, regulado no art. 127 do Decreto n. 24.648.

O art. 180 do Decreto n. 24.648 permite a edificação por sobre o aqueduto. Entenda-se: se o aquedute é de tal natureza e resistência que a suporte.

Se o aqueduto está cercado, ou murado, ou coberto pela construção, necessariamente se deixou entrada ou outro meio para reparações, conservação e vigilância. Em tais circunstâncias, e n~o quando o dono do prédio serviente não cercou, nem murou, nem edificou sobre o aqueduto, é que é de invocar-se o art. 130, parágrafo único: "Quando tiver de fazer essas reparaÇÕES, o dominante avisará previamente o serviente".

5.MUDANÇAS DO AQUEDUTO E AUMENTO DO AQUEDUTO.

(a)Lê-se no art. 131 do Decreto n. 24.643: "O dono do prédio serviente poderá exigir, a todo o momento, a mudança do aqueduto para outro local do mesmo prédio, se esta mudança lhe for conveniente e não houver prejuízo para o dono do aqueduto. A despesa respectiva correrá por conta do dono do prédio serviente". A mudança exigível pelo dono do prédio serviente é a de lugar, ou outra, de que não falou o art. 131 do Decreto n.

24.643. Quem pode o mais pode o menos. Tem de ser conveniente para o prédio serviente e de não haver prejuízo para o prédio dominante. As despesas são feitas pelo dono do prédio dominante, ou correm por sua conta. Para que possa o dono do prédio serviente mudar, de qualquer modo, o aqueduto, tem de propor a ação *de modificação do exercício* . Não lhe é dado alterar o aqueduto sem que preceda a acordo com o titular da servidão, ou sentença do juiz. Se o altera, viola direito real limitado e posse, o que dá ensejo às ações do direito de servidão e às ações possessórias.

Diz o art. 132 do Decreto n. 24.643: "Idêntico direito assiste ao dono do aqueduto, convindo-lhe a mudança e não havendo prejuízo para o serviente". Mudança, ai, é a mudança de qualidade, ou a de lugar, ou a de funcionamento, ou todas ao mesmo tempo. Por exemplo:

substituir ao aqueduto em rego ,eu canal na terra, o aqueduto de pedra, ou de cimento armado; ao aqueduto de canal o de tubos ou canos; aprofundar ou fazer subterrâneo o encanamento (1". PEOCHIUS, *Tractatus de Áquaedispositivum.* Por isso mesmo, tem-se de interpretar o negócio jurídico para se saber se foi afastado, ou nL, ou se determinar *a* medida em que foi alterada a regra jurídica.

A mudança não pode ser por autoridade própria. Ou nela *dueto,* supi. n. 36 e 55). O art. 132 do Decreto n.

24.643 é *jus* acordo os interessados, ou se tem de pedir ao juiz que sentencie, em *ação de modificação do exercicio da servidão"Ésse ",* dizia MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Coleção de Dissertações jurídicas e práticas,* 147), "é o meio mais seguro: de outro modo pede o serviente queixar-se espoliado da liberdade, em que estava, e em que ficou depois da primeira assinação, e formalidade da passiva servidão, no procedimento judicial".

No ato constitutivo pode-se ter previsto mudança maior do que a que se permitiria e a distríbuição ou a atribuição de despesas.

Estatui o art. ias do Decreto ri 24.642: "A água, o alveo e as margens do aqueduto consideram-se como partes integrantes do prédio a que as águas servem". A regra jurídica do art. 138 é de técnica e terminologia menos feliz que as da Código Civil. A água, no terreno sobre que passa, ou sob que passa, ou em que passa, é parte integrante e torna-se parte integrante de outro fundo no instante mesmo em que sai daquele e entra nessoutro.

Todavia, se a água é de outrem, a cujo terreno vai, deixou de ser parte do terreno de que provem desde o momento em que nasceu o direito sobre elas. Se a fonte é do sítio de A, e O adquiriu tantos litros de água por dia, ou o excesso, e a água vem, em aqueduto, pelo sítio de B até às terras de C, a água no terreno de A ou no aqueduto que atravessa o terreno de B é parte integrante do terreno de O. Só o deixa de ser quando C a alienar, ou quando ela sair do terreno de C para outro terreno, de que não volte em aqueduto.

O álveo e as margens são objeto da servidão, partes integrantes dessa; não se pode pensar em serem partes integrantes do direito de propriedade, porque são do uso, e não do domínio do dono do prédio dominante.

Deve-se ler o art. 133 do Decreto n. 24.643 como se lá estivesse escrito: as águas que são destinadas ao prédio dominante são partes

integrantes desse (Código Civil, art. 43, IN) ; o álveo e as margens são abjeto da servidão.

Não há dominialidade do álveo e das margens, a favor do dono do prédio dominante.

(b) Lê-se no art. 185 do Decreto ri. 24.648: “Querendo o dono do aqueduto aumentar a sua capacidade, para que receba maior caudal de águas, observar-se-Ao os mesmos trâmites necessários para o estabelecimento do aqueduto”. No art. 135 há mais do que mudança do exercício do direito de servidão: aumenta-se a servidão .

Servidão maior é outra servidão. Daí a regra jurídica que considera o aumento como constituição do excesso.

A ação que se propõe é a *ação constitutiva de servidão de aqueduto,* devendo estar satisfeitos os pressupostos, como se não houvesse servidão constituída. Em todo caso, se o ato constitutivo já se referia ao volume da água e o aqueduto foi feito com caráter provisório, ou com a cláusula *rebite sie stantibus,* a ação a propor-se é a *ação de modificação do exercido da servidão.*

Quem tem servidão de aqueduto não pode nêle imitir mais água do que êIe pode suportar, a ponto de poder causar dano ao prédio serviente. *A fortiori,* se o aqueduto é alheio e há servidão sobre êle, ou se é comum. Se se quer introduzir maior quantidade de água, têm-se de fazer novas obras, mas após se ter determinado a natureza e qualidade e prestado a indenização. Há constituição de nova servidão .

O direito à aducção de maior quantidade de água, se o aqueduto a pode comportar, é independente de nôvo exercício da pretensão à constituição de servidão , se cabe no que se determinara como máximo, que se considerou para a capacidade do aqueduto. Não há, então, prestação de indenização.

Se foi determinado o máximo da água e o que se quer aduzir a mais está dentro do previsto, porém o aqueduto não o comporta, ou não o suporta, tem-se de providenciar, antes, para as obras do aqueduto, e não há pensar-se em constituição de nova servidão. O art. 185 do Decreto ii 24.643 é dispositivo. Se foi determinado o máximo de água e se fêz aqueduto, considerado, desde o início, como provisório, ou aumentável, o art. 185 não incide.

O que importa é saber-se se foi paga a indenização pela água aduzível, ou se apenas o foi pela água aduzida inicíalmente. Se a capacidade do aqueduto foi medida para o

máximo de água, a nova servidão tem de ser pedida. *Na dúvida,* é o que se há de entender. A nova sentença é constitutiva, como a primeira. Todavia, podem os interessados acordo em que se dilate a servidão, negocialmente, e a data do registro dá outro conteúdo quantitativo à servidão, O negócio jurídico não destrói a origem judicial da servidão, razão por que há de ser homologado antes do registro.

6.SERVIDÃO "AQUAE HAUSTUS" E "AQUEDUCTIJS", POSTERIOR. Estabelece o art. 134 do Decreto n.

24.643: "Se houver águas sobejas no aqueduto, e outro proprietário quiser ter parte nas mesmas, esta lhe será concedida, mediante prévia indenização e pagando, além disso, a quota proporcional à despesa feita com a condução delas até o ponto de onde se pretendem derivar". E o § 1.0: "Concorrendo diversos pretendentes, serão preferidos os donos dos prédios servientes". E o § 2.0: "Para as primeiras necessidades da vida, o dono do prédio serviente poderá usar gratuitamente das águas do aqueduto".

A servidão, de que se trata no art. 134 do Decreto n. 24.643, é dupla: de tirar e de aduzir água. Há o direito do dono do do prédio dominante às águas e a servidão de aqueduto. Terceiro quer adquirir parte das águas e o direito de servidão de aqueduto, que seria em comunhão com o direito de servidão de aqueduto que já existe a favor do dono do prédio dominante. Se é preciso que do aqueduto existente parts. braço que leve às terras do terceiro, tem de ser adquirida servidão de aqueduto nas terras por onde o aqueduto passe. Só o terceiro se torna titular desse direito de servidão. Têm de ser citados todos os interessados (o dono da fonte, ou corrente, de onde procedem as águas, todos os donos dos prédios servientes e o dono do prédio dominante). A indenização é a todos cujos terrenos e direitos sejam atingidos.

A fonte do art. 134 do Decreto n. 24.643 está na obra de P. PECCI-IIuS *(Tractatus de Aquaeduoto, L.* II, c. 9, q.

34), que referia a L. 19, D., *quemadmodum servitutes amittuntur, 8, 6,* estranha a constituição coativa de servidão. MANUEL DE ALMEIDA E SousÁ *(Coleção de Dissertaçôes jurídicas e práticas,* 162) viu as dificuldades quanto ao hausto, se as águas não são de uso público, ou superabundantes (Código Civil, art. 566).

Mas a solução é simples: cita-se o outro interessado, ou sejam comuns

as águas ou sofra êle servidão de hausto. MANUEL .ÁLVARES PÉGAS *(Resolutiones Forenses,* VII, 386 s.) reproduz tenção do Desembargador VIEIRA, em que se frisa ser alienação atribuir-se comunhão de águas, ou de servidão de águas.

Se a água já era comum ao titular da servidão de aqueduto e ao terceiro, a pretensão é a ser co-titular da servidão de aqueduto; salvo se, com a aducção, se deu divisão da água que era comum, porque então a aquisição coativa seria de água já parte integrante, exclusiva, do dono do prédio dominante, O art. 134 do Decreto n. 24.648 considera *adquirivel* o que sobeja. Adquirível, com o exercício da pretensão *servitutis h,abendae,* indenizando-se o dono das águas. Essa foi a construção de A. Goalus *(Tractatus varii in quibus de universa aquarum materia,* q. 12, n. 35), desde o início do nôvo instituto.

Se há diferentes interessados na indenização, toma-se a quantia total a ser paga e divide-se pelos interessados, proporeionalmente, como se fossem sócios, ou apenas se somam todas as indenizações, conforme foram fixadas.

§ 2.213. Divisão do prédio dominante

1. COMUNHÃO jA EXISTENTE E COMUNHÃO SUPERVENIENTE. Se o prédio dominante já é comum, ou se torna comum por efeito de negócio jurídico, inclusive casamento ou testamento, ou por sucessão legitima, a divisão dele, precisando de água as partes que vão ser imóveis distintos, implica divisão das águas. Já o previa o Alvará de 27 de novembro de 1804, § 13, *verbis* "quando for necessário haver divisão judicial da água". A divisão das águas ou se faz por acordo, ou já se fêz por testamento, ou depende de decisão judicial, ou, tratando-se de servidão aparente de águas, por usucapião da servidão, ou, se não-aparente a servidão, por usucapião tabular, ou, se em posse *pro diviso,* por usucapião do domínio.

2.DivisÃo DAS ÁGUAS E AQUEDUTO. Diz o art. 136 do Decreto n. 24.643: "Quando um terreno regadio, que recebe a água por um só ponto, se divida por herança, venda ou outro titulo entre dois ou mais donos, os da parte superior ficam obrigados a dar passagem à água, como servidão de aqueduto, para a rega dos inferiores, sem poder exigir deles indenização alguma, salvo ajuste em contrário".

O art. 186 do Decreto n. 24.643 é *ins dispositivum.* Não cogitou da divisão das águas, mas, tão-só, da servidão de aqueduto. A água é devida ao todo; dividindo-se o todo, divide-se a água. Se algum dos

donos de partes tornadas prédios distintos quer usar a parte de água que lhe cabe, porém lhe falta aqueduto, por ser em outra parte tornada prédio distinto, ou em outras partes tornadas prédios distintos, a lei atribui-lhe direito a que os donos dos prédios superiores dêem passagem à água. A êsse direito corresponde dever de dar passagem. Se, para isso, é preciso que se construa braço, ou extensão, ao aqueduto existente, tem o dono do prédio inferior pretensão a que o dono do prédio superior construa o braço ou extensão até o limite, salvo se diferentemente se dispôs no negócio jurídico de divisão. Havendo dois ou mais prédios superiores, servidos pelo aqueduto, todos os donos concorrem para as despesas da construção do braço ou extensão até o limite daquele prédio que não tem aqueduto. Se, pelo negócio jurídico de divisão, as despesas são por conta do dono do prédio inferior, tal particularidade não altera a estrutura do direito real de servidão, O dono do prédio inferior tem direit o de servidão de aqueduto nas terras alheias como era o seu, ao tempo da comunhão, e nas terras que lhe eram comuns e sobre as quais passou a não ter domínio servidão de aqueduto.

§ 2.214. Servidão de aqueduto e direitos de terceiros

1. CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO. Constituindo-se a servidão , por ato jurídico voluntário, ou por sentença, a estrutura mesma da servidão pode *atingir* direitos de terceiros, como se a servidão de hausto diminui a água da fonte a ponto de prejudicar quem tenha servidão anterior. Também pode dar-se que a servidão de aqueduto cause umidade a terceiro prédio, que não foi figurante na constituição. A solução a *priori* é a indenização, se não há incompossibilidade dos dois direitos reais.

2.ExERcícIo DA SERVIDÃO DE AQUEDUTO. O dano aos prédios terceiros pode ser devido ao exercício, e não à constituição da servidão. Há a ação do terceiro para que cesse a ofensa, ou a de indenização.

Estatui o art. 187 do Decreto n. 24.648: “Sempre que as águas, que correm em benefício de particulares, impeçam ou dificultem a comunicação com os prédios vizinhos, ou embaracem as correntes particulares, o particular beneficiado deverá construir as pontes, canais, e outras obras necessárias para evitar êste inconveniente”.

Há direito real do dono do prédio terceiro às obras. Cabem as ações declaratória, confessória e cominatória.

Nada impede que se proponha ação de caução pelos danos eventuais, O dono do prédio dominante tem o dever de construir a ponte, ou canal, ou de fazer as obras necessárias. Igual dever tem o dono do prédio que tem aqueduto sem ser como servidão. Se o aqueduto é em terra de um dos beneficiados pela água, mas dono de prédio inferior tem servidão de aqueduto, as obras são feitas *pro rata* por todos os beneficiados pela água, ou cada um deles as faz no seu terreno.

Se o canal corta o fundo serviente em duas porções que pertencem ao mesmo proprietário, tem êsse a pretensão *real* de que cogita o art. 187 do Decreto n. 24.643. A ação ou é a de condenação, ou a cominatória com pena em pecúnia, ou a de serem feitas as obras necessárias, à custa do dono do prédio dominante, pelo autor, ou por outrem, conforme projeto apresentado. Também têm tais ações os terceiros que sejam titulares de servidões de passagem sobre o prédio serviente ou do direito de vizinhança de que fala o art. 559 do Código Civil.

Se o aqueduto se encontra com águas de irrigação, ou de esgôto, o dono do prédio atravessado tem pretensão a que se façam as obras indispensáveis a que não lhe haja prejuízo.

As despesas são proporcionais à utilidade que cada um dos titulares da servidão de aqueduto dele tira. Mas tal proporcionalidade somente se há de levar em consideração entre os devedores, e não em relação a terceiros. A prestação é uma 80. O terceiro pode reclamar a feitura de obras ou de medidas a qualquer dos titulares da servidão de aqueduto (Código Civil, art. 891).

O art. 187 é dispositivo. A obrigação pode ser assumida por um só dos titulares, ou pelo próprio dono do prédio serviente. Aí, o .*facere* é acessório do dever de tolerar.

§ 2.215. Servidões de serviço público e de serviço ao público

1. PosIçÃo no PROBLEMA. O assunto das servidões de direito público já foi versado no § 2.203. Aqui, toca-nos saber se os canais, fontes, esgotos sanitários e pluviais que se fazem para o serviço das populações, em terreno que não é aquele a que beneficia, ou não é o único a que se beneficia, são exercício do poder público permitido pela *limitação* a conteúdo do direito de propriedade, ou se são servidões (direitos reais que *restringem* o conteúdo do direito de propriedade).

O direito em virtude do qual o Estado ou as empresas de serviços ao público estendem aquedutos, canais, fios, eletrodutos, canos de esgôto, ou penetram nas casas para atos de conservação ou de saúde pública, não é de servidão. Trata-se de direito que existe por pré-existir a limitação ao conteúdo do direito de propriedade. Não se trata de servidão, nem de direito de vizinhança. Se o terreno da casa *b* é atravessado pelo fio que vai da rua à casa a, não o é por direito de servidão a favor da casa a, nem de servidão a favor do Estado ou da empresa de serviços público; nem, tão-pouco, de direito de vizinhança, que também é limitação ao conteúdo do direito de propriedade. Mas, sim, de outra espécie de limitação ao conteúdo do direito de propriedade. Pode haver servidão de eletroduto, ou de aqueduto, se o Estado ou a empresa de serviços ao público quis incursão na esfera jurídica do dono do prédio ou dos donos dos prédios fora dos moldes em que se lhe concebeu o direito limitativo do conteúdo da propriedade.

Donde, diante dos casos concretos, ser de indagar-se, primeiro, se a) o ato do Estado é dentro do que fica fora do conteúdo do direito de propriedade, por ter havido limitação do conteúdo do direito de propriedade e o ato do Estado ser ato de exercício do *direito limitativo,* ou se *b)* é preciso proceder-se a restrição do conteúdo, quanto ao exercício, ou se *e)* em virtude de direito formativo gerador (limitativo), ou por ato jurídico negocial.

2. LEIS DE DIREITO PÚBLICO. Estabelece o art. 188 do Decreto n. 24.643: “As servidões urbanas de aqueduto, canais, fontes, esgotos sanitários e pluviais, estabelecidos para serviço público e privado das populações, edifícios, jardins e fábricas,reger-se-ão pelo que dispuserem os regulamentos de higiene da União ou dos Estados e as posturas municipais”. As regras jurídicas que *limitam* o conteúdo do direito de propriedade para que o Estado, ou as empresas de serviços ao público possam estabelecer ligações, através de terrenos, são regras de direito público. A expressão “servidões”, no art. 138 do Decreto n. 24.643, é impropriedade de linguagem; alude-se a serventia, à servidão *fáctica,* e não ao direito de servidão. Quando o Estado ou a empresa de serviços ao público pratica algum ato que importe em imissão na esfera jurídica do dono de prédios, ou essa imissão é ilusória, porque só se dá *antes* da linha que limitou o conteúdo do direito de propriedade, ou essa imissão é contra direito. Na última espécie, ou o Estado, ou a empresa, em vez dele, entra em acordo com cada um dos interessados, ou o Estado *desapropria,* segundo os princípios constitucionais e legais que regem as desapropriações por necessidade pública, utilidade pública ou interesse social.

Quando algum regimento federal, estadual ou municipal, ou postura municipal estatui que o Estado ou a empresa de serviços ao público *pode* ingerir-se no espaço que corresponde aos prédios, tem-se de perguntar se a Constituição de 1946 permite tal ingerência. Depois, se é legal (=se existe lei, em sentido estrito, que outorgou o poder de praticar os atos de que se trata.)

§ 2.216. Servidão "aquae haustus"

1. ÁGUAS PARTICULARES. Os arts. 565 e 566 do Código Civil e os nrts. 90, 94, 103, parágrafo único, do Decreto n. 24.643, são regras jurídicas sobre *direitos de vizinhança.* Não sobre - servidões. Bem assim, os arts.

71-83 do Decreto n. 24.643, que apenas regulam o aproveitamento de *águas comuns.* Os arts.. 48--52 do Decreto n. 24.648 são atinentes à derivação de águas públicas, ao passo que os arts. 117-138 estão sob o titulo

"Servidão legal de aqueduto". Daí o problema de interpretação:

~há servidão coativa de haurir água, contra prédio particular, ou, a respeito de hausto de águas particulares, só se têm, no direito brasileiro, aqueles *direitos de vizinhança?*

A despeito do título "Servidão legal de aqueduto", o art. 119 do Decreto n. 24.643, que sob êle se acha, alude a

"direitode desviar águas". No art. 134, prevendo-se que haja sobejo de água no aqueduto, deu-se ao proprietário de outro prédio, por onde passe, ou não, o aqueduto, o obter parte nas mesmas, o que compõe servidão *aquae haustus* e *aquaeductzw* em comum com o proprietário do prédio com direito ao aqueduto. Tal proprietário pode ser dono das águas e titular da servidão de aqueduto, se a parte de aqueduto de onde se quer tirar água é noutro prédio; pode ser dono das águas e dono do aqueduto, na parte de que se quer tirar água; pode ser titular de servidão *aqune haustus* e de servidão *aquaeductus* Na primeira espécie, o titular da pretensão *servitutis habendae* quer ser titular de servidão de águas (de hausto) e co-titular da servidão de aqueduto; na segunda espécie, titular de servidão de hausto e de aqueduto; na terceira espécie, co-titular da servidão *aquae haustus* e da servidão *aquaeductug* Havemos de interpretar que se permite a servidão coativa de hausto, nas espécies em que haja a necessidade do art. 117, a), ou do art. 117, *b),* e não haja dano ao prédio de que se kaurem as águas,

pela retirada delas.

A ação há de ser à semelhança da ação concernente as servidões de aqueduto (Decreto n. 24.648, arts. 117-188).

Mais uma vez lembremos a construção jurídica. (1) Há os direitos de vizinhança, que são direitos limitativos do conteúdo do direito de propriedade: *onde éles* existem *não há* direito de propriedade; o conteúdo do direito de propriedade somente vai até onde se estende, mas *cessa* onde começa o direito limitativo. (2) Há as servidões que se constituem com elementos do exercício do direito de propriedade restringindo-se-lhe, assim, o conteúdo.

E (3) há os direitos limitativos a adquirir direitos de servidão, espécie~ híbrida em que *há* (1) e, decorrente do exercício de (1), direito, *ex hyncthesi,* limitativo, há (2) ; donde (8) : servidão coativa, que se estabelece porque se exerceu direito (limitativo) formativo gerador.

A solução que demos atende ao que dizia MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA (Dissertação V, *Coleção de Disserta çôes iv ridicas e práticas,* 103), a propósito do Alvará de 27 de novembro de 1804: “Como porém a água é elemento tão necessário para fertilizar os campos, não só pela produção dos frutos para a vida humana, mas para os pastos indispensáveis aos gados. tão necessários para a lavoura, e para o geral abastecimento dos povos, por isso o nosso legislador sabiamente providenciou sobre isso, pondo um freio à emulação de muitos que, sem prejuízo próprio, negavam o inxônio trânsito das águas pelos seus prédios, ou a participação das supérfluas; e terminando os muitos e duvidosos pleitos que contra tais êmulos e desumanos inundavam o foro”. Aliás, a decisão do Desembargo do Paço, a 16 de junho de 1671 (MANUEL ÁLVAREs PÊGAS, *Resolutiones Forenses,* VII, 307), se bem que a sentença confirmada aludisse a posse do hausto (Sentença do Pôrto, 25 de julho de 1669), cogitou das duas servidões, tanto que um dos juizes se refere a *ducere et derivare.*

~e ao prédio falta água para a alimentação dos homens e dos animais, ou para outros usos, sem ser possível buscá-la alhures sem excessivo dispêndio, tem o dono, o enfiteuta, o usufrutuário, ou o habitador, pretensão a que se constitua sobre o prédio vizinho ou próximo, na medida indispensável às necessidades e sem incômodo para o prédio serviente. Se há mudança das circunstâncias, quer no tocante ao prédio dominante, quer no tocante ao prédio serviente, pode ser modificado o conteúdo, ou o exercício da servidão, ou suprimida. Não há a pretensão se pode ser extraída água do terreno, que dela

necessita, se as despesas não seriam excessivas, ou se pode ser obtida de fonte ou corrente de uso público. Despesas excessivas seriam as que fossem muito além do que se teria de despender utilizando-se a água do prédio próximo, incluída a indenização. É preciso que não se prejudique, com a constituição, direito de terceiro às águas: se só se poderia constituir a servidão com dano ao terceiro, que não pudesse ser indenizado com equidade, pretensão à servidão não há.

Se o prédio vizinho usa o excesso de água como ornamentação, ou em benfeitoria voluptuária, &tem de ser sacrificado tal emprego ? Evidentemente não, se assim sempre fora usado; sim, nos casos em que tenha havido ato emulativo do recebedor da água . Se o Estado entende que deve desapropriar por utilidade pública, é outra questão (arg. ao art. 118, parágrafo único, do Decreto n. 24.643).

Tudo que se vai seguir só se refere à servidão *aquae haustus* em prédios públicos de uso reservado.

2. ÁGUAS PÚBLICAS. O estabelecimento de servidão *aquae haustus* em águas públicas rege-se pelos arts.

48-52 do Decreto n. 24.648. Nas espécies dos arts. 84 e 85 do Decreto n. 24.648, não há servidão, nem direito de vizinhança: apenas se explicita o modo de se exercer o direito de propriedade do bem de todos (águas comuns de todos). De servidão *aquae haustus,* tratando-se de águas públicas, somente se há de cogitar se foi constituída por negócio jurídico em que outorgante seja o Estado (União, Estado-membro, Distrito Federal, Município), ou por lei. Nos arts. 48-52 do Decreto n. 24.648 versa-se exatamente o assunto das constituições *negociais* de servidão de apanhar água pública.

Diz o art. 48 do Decreto n. 24.648: “A concessão, como a autorização, deve ser feita sem prejuízo da navegação, salvo:

a)no caso de uso para as primeiras necessidades da vida; b) no caso da lei especial que, atendendo a super ior interesse público, o permita”. E o seu parágrafo único: “Além dos casos previstos nas letras a e b deste artigo, se o interesse público superior o exigir, a navegação poderá ser preterida sempre que ela não sina efetivamente ao comercio

As duas regras jurídicas do art. 48 do Decreto n. 24.643 podem ser recompostas, mais têcnicamente: a)A autorização ou a concessão não pode ser dada se prejudica a navegação, salvo se para as primeiras necessidades da vida da população, ou se a navegação não é comercial e há interesse público maior na autorização ou concessão.

b)Fora do que se estatuíu em a), só lei especial pode permitir a autorização ou concessão, por interesse público.

8.LEGITIMAÇÃO ATIVA. Para aquisição de servidão de hausto de água, basta que se seja dono do prédio, enfiteuta, condômino, fiduciário ou fideicomissário, titular de direito de propriedade resolúvel, ou a pessoa que tenha de receber o prédio quando se operar a resolução, o usufrutuário, usuário ou habita-dor. Não, possuIdor por direito pessoal, como o locatário (MÁNUflJ DE ALMEIDA E SOUSA, *Coleção de Disserta ções jurídicas e práticas,* 115). Enquanto não se retifica o livro de registro de imóveis, quem nêle figura como dono, enfiteuta, usufrutuário, fiduciário, fideicomissário, usuário ou habitador.

4. ÁGUAS COMUNS, ÁGUAS PÚBLICAS DE USO cOMUM E ÁGUAS PÚBLICAS DE USO

RESERVADO. O Decreto n. 24.648 distinguiu, precisamente, as águas públicas: comuns (r águas do povo, águas de todo mundo, arts. 84 e 85), ou de uso reservado (arte. 86, 37, 48-52).

As águas (públicas) comuns são *res communes omnium,* que se não confundem com as águas públicas de uso comum, *res publicas in usu publico,* nem com as águas públicas de uso do Estado.

Lê-se no art. 48 do Decreto n. 24.643: “As águas públicas não podem ser derivadas para as aplicações da agricultura, da indústria e da higiene, sem a existência de concessão administrativa, no caso de utilidade pública e, não se verificando, de autorização administrativa, que será dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes”. No § 1.0: “A autorização não confere, em hipótese alguma, delegação de poder público ao seu titular”. No § 29: “Toda a concessão ou autorização se fará por tempo fixo, e nunca excedente de trinta anos, determinando-se também um prazo razoável, não só para serem iniciadas, como para serem compostas pelo peticionário”. No § 8.0:

“Ficará sem efeito a concessão, desde que, durante três anos consecutivos, se deixe de fazer o uso privativo das águas”.

O art. 43 do Decreto n. 24.648 refere-se às águas públicas cujo uso não tenha sido reservado, exclusivamente, ao Estado. Deixou-se margem para a *autorização administrativa* e para a *concessão administrativa.* No caso de haver utilidade pública em que alguém, sem

ser o Estado, use as águas públicas, o Estado *concede;* se não há tal pressuposto, *autoriza,* permite.

A autorização é simples outorga de poder. (A pessoa que apresenta ao devedor a quitação é *autorizado* a receber, porem de modo nenhum se tira disso que se lhe haja cedido o crédito, ou, sequer, que tenha recebido mandato. Cf. Código Civil, art. 987.) Pela autorização, não se concede, nem se cria mandato. A despeito de se falar, no art. 48 do Decreto ii. 24.648, em autorização por tempo determinado, não se faz concessão a autorização. A autorização é revogável.

No art. 43, § 3□O, do Decreto n. 24.643 diz-se que fica "sem efeito" a concessão, se, "durante três anos consecutivos", se deixa de usar a água. A terminologia é defeituosa: a concessão preclui, caduca; não somente fica sem efeito *ex nunc,* nem, tão-pouco, se rescinde, ou se anula. O efeito da concessão cessa à data que se completa o triênio de não-uso, porque caducou, extinguiu~ a concessão.

5. CONSTITUIÇÃO DA CONCESSÃO. Diz o art. 44 do Decreto n. 24.648: "A concessão para o aproveitamento das águas que se destinem a um serviço público será feita mediante concorrência pública, salvo os casos em que as leis ou regulamento a dispenses" E o seu parágrafo único: "No caso de renovação será preferido o concessionário anterior, em igualdade de condições, apurada em concorrência" A concessão de águas públicas que não são de uso comum, desde que se observe a exigência do art. 44 do Decreto n. 24.643, constitui s *ervidão* sobre o bem público, de que flui a água, ou sobre as águas. A autorização não exige, de regra, a concorrência. A concessão é irrevogável e só se faz se há regra de lei especial (o regularmento que a permitisse seria contra a lei ou a Constituição de 1946).

Estabelece o art. 46 do Decreto n. 24.648: "A concessão não importa, nunca, a alienação parcial das águas públicas, que são inalienáveis, mas no simples direito ou uso destas águas". O art. 46 pré-exclui a alienação parcial das águas (direito de Condomínio), o que só seria possível com a observância das regras jurídicas sobre alienação de bens públicos. "Concessão", está, portanto, nos arts.. 43-52, por *atribuição* de direito de servidão.

No art. 46, caracterizou-se O conteúdo desse direito que se concede; no art. 50, deu-se..lhe a natureza de direito real.

6. DIREITO REAL LIMITA])O Diz o art. 50 do Decreto n. 24.648: "O

uso da derivação é real; alienando-se o prédio ou o engenho a que ela serve, passa o mesmo ao nôvo proprietário" O prédio ou o engenho, a que ela serve, diz a lei. "Engenho" está, aí, para significar que a empresa, que dá destinação ao prédio, pode ser titular da servidão. Então, acabada a empresa, acaba a servidão, porque se supôs que a servidão seria apenas para a destinação ligada à empresa. De modo nenhum permite a lei, com êsse art. 50, que se personalize a servidão.

Não há, no sistema jurídico brasileiro, servidão irregular ou pessoal. Toda servidão é entre prédios, se bem que possa o prédio mesmo se achar, como parte, no fundo de empresa.

Mais uma vez frisemos que a chamada servidão de empresa, ou industrial, não é espécie à parte, em que se haja abstraído do pressuposto da interpredialidade da servidão. Não há servidão sem ~er entre prédios. Se a empresa imprimiu ao prédio a exploração a que se dedica, de modo a destiná-lo, duradouramente, ou se o prédio mesmo impôs à empresa a sua destinação, há possibilidade de se constituir entre prédio e prédio (e empresa) ou entre prédio (empresa) e prédio servidão.

7. D IREITOS DE TERCEIROS. Estatui o art. 45 do Decreto n. 24.643: "Em toda a concessão se estipulará, sempre, a cláusula de ressalva dos direitos de terceiros". Ainda que de ressalva não cogitasse a lei, para exigi-la expressa, a concessão de hausto de água tem de ser concebida com o respeito dos direitos de terceiro; se o não foi, o terceiro tem as ações contra a inconstitucionalidade ou a ilegalidade do ato administrativo e as ações próprias do direito ofendido.

Se foi concedida água acima do que é sobejo, há ofensa de direito de terceiro que seja titular de autorização ou concessão.

Lê-se no art. 49 do Decreto n. 24.643: "As águas destinadas a um fim não poderão ser aplicadas a outro diverso, sem nova concessão". O art. 49 explicita que a finalidade da concessão a caracteriza, de modo que a mudança da finalidade importa em mudança da servidão que se concedeu.

8. DIREITO INTERTEMPORAL. Lê-se no art. 47: "O Código respeita os direitos adquiridos sobre estas águas, até a data de sua promulgação, por título legítimo ou posse trintenária". E no seu parágrafo único: "Êstes direitos, porém, não podem ter maior amplitude do que os que o Código estabelece, no caso de concessão~".

A regra jurídica do art. 47 do Decreto n. 24.643 é regra de

sobredireito. Admite que se tenham 8 por escapos à lei nova os direitos adquiridos antes do Decreto n. 24.643, inclusive se houve 2 posse trintenária de servidão em bens públicos de uso reservado. Não se têm por direitos 8 adquiridos de servidão situações que corresponderam a posse trintenária em bens comuns a todos *(res communes omnium),* ou a posse trintenária em bens públicos de uso especial.

No direito anterior ao Decreto n. 24.648, regiam os princípios de adquiribilidade de servidões em prédios públicos de uso

r

reservado por usucapião se completos trinta anos de posse

(LAFAIBTE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas,* 1, 358; LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das Coisas,* II, 52; cf. MANUEL BORGES CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal,* IV, 252 s., nota *(a)* COELHO DA ROCHA, *Instituições,* II, 470).

Estatui o art. 51 do Decreto n. 24.643: "Neste regulamento administrativo se disporá: a) sobre as condições de derivação, de modo a se conciliarem quanto possível os usos a que as águas se prestam; b) sobre as condições da navegação que sirva efetivamente ao comércio, para os efeitos do parágrafo único do art. 48". Chama-se, aí,

"regulamento administrativo" ao ato administrativo de concessão, no que êle contém de disposições sobre *derivação* e natureza da servidão. Se a autoridade administrativa invoca o art. 48, parágrafo único, tem de referir-se à navegação atingida pela servidão.

9. CESSÃO. Estabelece o art. 52 do Decreto n. 24.643:

"Toda cessão total ou parcial da concessão ou autorização, toda mudança de concessionário ou de permissionário depende do consentimento da administração". O Decreto n. 24.643 fêz dependente de assentimento da autoridade administrativa a cessão, total, ou parcial, da concessão ou da autorização, bem como qualquer outorga de poder, sucessão universal entre vivos ou a causa de morte e toda sucessão singular entre vivos *(e. g.,* por execução forçada) ou a causa de morte, da concessão ou da autorização.

§ 2.217. Servidões a favor das áreas de pesquisa e de lavra

1.ÁREAS DE PESQUISA E DE LAVRA. Nas áreas de pesquisa e de lavra não há servidão. Tudo se passa como exercício de direito que a limitação ao conteúdo do direito de propriedade deixou. A Constituição de 1946, no art. 153, estatuíu que o aproveitamento de riquezas do subsolo e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão da União, na forma da lei, e, no art. 152, dissera que as minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas de água, são propriedade distinta da propriedade do solo, para o efeito da exploração ou aproveitamento industrial. *Limitou-se,* portanto, *o conteúdo do direito de propriedade.* A propriedade da terra tem por conteúdo o que é o

4,

normal conteúdo do direito de propriedade imobiliária *menos* essa incursão do Estado, autorizando ou concedendo exploração ou aproveitamento industrial. Dentro desse campo, fora do conteúdo do direito de propriedade, é que o Estado permite (autoriza) pesquisas, ou autoriza lavra ou autoriza ou concede exploração ou aproveitamento da jazida. Não há pensar-se em servidão. O concessionário recebe a *posse da jazida;* e o que fizer para exploração e aproveitamento, dentro da área, é por direito de lavra e exploração, e não por servidão.

De servidão só se pode cogitar quanto a prédios vizinhos, isto é, que não estejam compreendidos na área e sejam próximos. A Constituição de 1946, arts. 152 e 153, não cogitou das incursões licitas em terrenos vizinhos, em benefício de exploração mineira. Ficou à lei ordinária. A lei ordinária poderia conceber a ingerência alheia como limitação ao conteúdo do direito de propriedade, tal como acontece nas espécies dos arts. 557-561, 563, 565, 567, 580, 587 e outros do Código Civil. Em vez disso, concebeu como limitativo somente o direito formativo gerador e como restritivo o direito formado (servidão). Temos, pois, que a servidão se constitui com o exercício do direito formativo gerador. Extinta a servidão, fica sem direito que nêle recaia o elemento do conteúdo com que se fêz a servidão.

Tais direitos de servidão são a favor das áreas de pesquisa ou de lavra. Titular deles é o autorizado ou concessionário. A construção não as torna servidões irregulares, que em verdade servidões não são; torna-as servidões a favor de quem quer que seja possuidor da área, para

pesquisa ou lavra. A servidão é entre prédios, aí entre áreas de pesquisa e exploração, como bem imóvel dominante (a propriedade das minas e mais riquezas do subsolo é distinta da propriedade do solo, segundo a Constituição de 1946, art. 152). Não há anormalidade.

Anomalia seria a proveniente da cisão a que procedeu a Constituição de 1946, art. 152, já na esteira, aliás, da Constituição de 1934, art. 118.

2.DIREITO FORMATIVO GERADOR E SERVIDÕES. O direito

a construir oficinas, instalações, obras-pertenças e moradias de operários em propriedades limítrofes àquelas em que se procede a pesquisa de minas e lavra é direito de vizinhança, e não de servidão (Tomo XIX, § 1.539, 4; Decreto-lei n. 1.985, de 29 de janeiro de 1940, art. 39, 1, a). Bem assim, o direito à abertura de vias de comunicação e de transporte de qualquer natureza (art. 39, 1, b), o direito à captação e condução de aguadas necessárias ao pessoal e aos serviços de mineração (art. 39, 1, e), o direito à transporte de energia elétrica em condutores aéreos e subterrâneos (art. 39, 1, *d),* o direito a escoamento das águas da mina e das instalações de tratamento do minério (art. 39, 1, *e),* o direito à abertura, no subsolo, de passagem do pessoal e material, de condutos de ventilação, de energia elétrica e de escoamento das águas (art.

39, II), e o direito á utilização das águas que não estiverem aproveitadas em serviço agrícola ou industrial.

Houve a autorização de pesquisa (Decreto-lei n. 1.985, arts. 13-27), tendo sido fixada a área, com os nomes dos proprietários atingidos (art. 14, 1: “declaração dos nomes dos proprietários dos imóveis atingidos e definição da área requerida, quer por limites naturais e confrontação com o esbôço topográfico, quer pelas figuras geométricas traçadas em pontos inequivocamente definidos, quer por plantas autênticas, amarradas em pontos fixos no terreno”). Ou já houve a autorização da lavra (Decreto-lei n. 1.985, arts. 28-38), dentro da área marcada para a pesquisa (art. 28), com a indicação da área necessária aos trabalhos.

Quanto à pesquisa, o art. 23 do Decreto-lei n. 1.985 (nova redação , segundo o Decreto-lei n. 9.449, de 12 de julho de 1946), estabeleceu:

“Os titulares de decreto de autorização de pesquisa poderão realizar os trabalhos respectivos, e também as obras e serviços auxiliares, necessários, em terrenos do domínio público ou particular, abrangidos

pelas áreas a pesquisar, desde que paguem aos respectivos proprietários ou possuidores uma renda pela ocupação dos terrenos e uma indenização pelos danos e prejuízos que possam ser causados pelos trabalhos de pesquisa, observadas as seguintes regras: 1. A renda não poderá exceder do valor do rendimento líquido máximo da exploração agricola ou pastoril habitual na região, relativa à extensão da área a ser realmente ocupada. II. A indenização por danos causados não poderá exceder o valor venal da propriedade na extensão da área efetivamente ocupada pelos trabalhos de pesquisa, salvo no caso previsto no inciso seguinte. IN. Quando os danos forem

A

de molde a inutilizar para fins agrícolas e pastoris toda a propriedade em que estiver encravada a área necessária aos trabalhos de pesquisa, a indenização correspondente a tais danos poderá atingir o valor venal máximo de toda a propriedade. IV. Os valores venais a que se referem os incisos II e IN serão obtidos por comparação com valores venais de propriedades da mesma espécie , na mesma região, nos últimos cinco anos, a contar da data da avaliação. V. No caso de terrenos públicos é dispensado o pagamento da renda, ficando o titular da pesquisa sujeito apenas ao pagamento relativo a danos e prejuízos. VI. Se o titular do decreto de autorização de pesquisa, até a data da transcrição do título de autorização, não juntou ao respectivo processo prova de acõrd o com os proprietários ou possuidores do solo acerca da renda e indenização de que trata este artigo, o Diretor Geral do Departamento Nacional da Produção Mineral, dentro de três dias desta data, enviará ao Juiz de Direito da Comarca onde estiver situada a jazida, por via telegráfica ou por via aérea, cópia do referido título. VII. Dentro de quinze dias a partir da data do recebimento dessa comunicação, o Juiz mandará proceder a avaliação da renda e dos danos e prejuízos a que se refere êste artigo, na forma prescrita nos arts.

957 e 958 do Código de Processo Civil. VIN. O Promotor de Justiça da Comarca será citado para os termos da ação, como representante da União. IX. A avaliação será julgada pelo Juiz no prazo máximo de trinta dias, contados da data do despacho a que se refere o inciso VII, não tendo efeito suspensivro os recursos que forem apresentados. X. As despesas judiciais com o processo de avaliação serão pagas pelo titular da autorização de pesquisa. XI. Julgada a avaliação, o Juiz, dentro de oito dias, intimará o titular do decreto a depositar a quantia correspondente ao valor da renda de dois anos, e a correspondente à caução para pagamento da indenização.

XII. Feitos esses depósitos, o Juiz, dentro de oito dias, intimará os

proprietários ou possuIdores do solo a permitirem os trabalhos de pesquisa e comunicará seu despacho ao Diretor Geral do Departamento Nacional da Produção Mineral e, mediante requerimento do titular da pesquisa, as autoridades policiais locais, para 3

garantirem a execução dos trabalhos. XIX. Se o prazo da pesquisa for prorrogado, de acordo com o inciso II do 8

art. 16, o Diretor Geral

8

do Departamento Nacional da Produção Mineral o comunicará ao Juiz, no prazo e condições indicadas, no inciso VI deste artigo. XIV. Dentro de oito dias do recebimento da comunicação a que se refere o inciso anterior, o Juiz intimará o titular da pesquisa a depositar nova quantia correspondente ao valor da renda relativa ao prazo da prorrogação. XV. Feito êste depósito o Juiz intimará os proprietários ou possuidores do solo, dentro de oito dias, a permitirem a continuação dos trabalhos de pesquisa no prazo da prorrogação e comunicará seu despacho ao Diretor Geral do Departs.mento Nacional da Produção Mineral e às autoridades locais mediante requerimento do titular da pesquisa. XVI. Terminados os trabalhos de pesquisa, o titular da respectiva autorização e o Diretor Geral do Departs.mento Nacional da Produção Mineral comunicarão o fato ao Juiz competente, a fim de ser encerrada a questão referente ao pagamento da indenização por danos e prejuízos, bem como ao da renda, caso êste ainda não tenha sido efetuado. XVII. Por ocasião da ação prevista no inciso anterior, as partes que se julgarem lesadas poderão requerer ao Juiz se lhes faça justiça".

Quanto à lavra, responde o que obteve a autorização "por todos os danos e prejuízos de terceiros que resultem direta ou indiretamente da lavra" (Decreto-lei n. 1.985, art. 34, XV). A *posse* é da jazida; a *imissão de posse* opera-se de conformidade com o art. 35 do Decreto-lei n. 1.985.

Tudo que se passa a respeito da *área de pesquisa* e da *área da jazida e da lavra* é em virtude de direito que se exerce dentro do branco que deixou a limitação ao direito de propriedade. O imitido na posse da jazida, com os seus contornos, que foram os da área de pesquisa, exerce ai os direitos que lhe foram atribuidos pelo Estado, que ficou com a disposição dos elementos que seriam do conteúdo do direito de

propriedade, se não houvesse a limitação.

Os donos das propriedades vizinhas à área da autorização para pesquisa ou para lavra são sujeitos passivos de relação jurídica de que resultam os direitos de vizinhança mencionados pelo Código Civil *mais* o de atender às necessidades referidas no art. 39 do Decreto-lei n. 1.985. O Decreto-lei n. 1.985 fêz dependente do exercício do direito de vizinhança a constituição de servidão, portanto atribuiu-lhe pretensão à constituição de servidão.

Mais uma vez se caracteriza a solução técnica, *de iure condito:* há direito *formativo* gerador (direito limitativo)

; com o exercício de tal direito constitui-se a servidão, que é, portanto, direito *formado.* Às vêzes simples locação.

Diz o art. 39 do Decreto-lei n. 1.985: "As propriedades vizinhas estão sujeitas às seguintes servidões de solo e subsolo para os fins da pesquisa e da lavra: 1. Ocupação do terreno necessário para: a) construção de oficinas, instalações, obras, acessórios e moradia de operários; b) abertura de vias de comunicação e de transporte de qualquer natureza; c) captação e condução de aguadas necessárias ao pessoal e aos serviços da mineração; d) transporte de energia elétrica em condutores aéreos ou subterrâneos; e) escoamento das águas da mina e das instalações de tratamento do minério. II. No subsolo, a abertura de passagem do pessoal e material, de condutos de ventilação, de energia elétrica e de escoamento das águas. IN. Utilização das águas que não estiverem aproveitadas em serviço agrícola ou industrial".

Lê-se no art. 40 do Decreto-lei n. 1.985: "As servidões constituem-se mediante prévia indenização do valor do terreno ocupado e dos prejuízos resultantes dessa ocupação. Sendo de natureza urgente os trabalhos a executar, a servidão será constituída mediante caução arbitrada por peritos, na forma da lei". A constituição das servidões é em exercício do direito formativo gerador. A indenização é prévia. O valor dela compreende o do terreno ocupado mais os prejuízos resultantes da presença dos trabalhos e instalações. Para se criar o direito formativo gerador, diminuiu-se o conteúdo do direito de propriedade; essa diminuição consiste em se poder, para os fins do art. 39 do Decreto-lei n. 1.985, de 29 de janeiro de 1940, "formar" o direito de servidão; portanto, em se impor direito formado. O direito formado é que restringe o conteúdo do direito de propriedade.

A ação constitutiva é proposta com citação do dono, enfiteuta,

usufrutuário, usuário ou habitador do terreno vizinho, ou próximo. Não há rito especial.

Se há urgência na constituição da servidão, devido à natureza dos trabalhos que se têm de executar, a caução é pedida de acordo com os arts.. 690-692 do Código de Processo Civil:

requere o autor ser admitido a prestar caução, indicando-se valor e espécie (hipoteca, penhor, depósito ou fiança) ; se, ouvida a parte contrária, em três dias, não impugnar, decide o juiz; se impugnar, há instrução sumária, com provas no tríduo, decidindo o juiz de acordo com o seu livre convencimento, em sentença fundamentada. A fixação por peritos é exigência do Decreto-lei n. 1.985, art. 40. Antes, ou simultâneamente com o pedido de prestação de caução, ou no prazo de trinta dias contados da efetivação da medida (Código de Processo Civil, art. 677). O art. 688 do Código de Processo Civil é invocável.

Estatui o art. 41 do Decreto-lei n. 1.985: "A divisa subterrânea entre as áreas de autorizações de pesquisa ou lavra confrontantes será sempre a superfície vertical que passa pelas linhas divisórias do solo". A área de autorização de pesquisa ou de lavra determina onde acaba o bem imóvel, que pode ter vantagem na servidão.

Não há regra jurídica especial sobre limites. A propriedade da mina, independente do solo, tem a profundidade necessária à exploração: a utilização do solo e do subsolo não pode exceder a linha vertical que desce de qualquer ponto marcado na superfície horizontal. Para lá dessa linha

portanto, considerando-se toda a linha divisória estão as propriedades vizinhas, que não podem ser invadidas sem ofensa à posse e à propriedade. Do que seria o conteúdo do direito de propriedade, diminuindo-o, tirou-se o elemento para o direito formativo gerador, que se definiu no art. 39 do Decreto-lei n. 1.985; o exercício desse direito formativo gerador opera-se pela ação constitutiva de que trata o art. 40 do Decreto-lei n. 1.985, cuja eficácia *restringe* o conteúdo do direito de propriedade.

Estabelece o art. 42 do Decreto-lei n. 1.985: "Quando as áreas de autorização forem vizinhas, as escavações não podem ser estendidas além da superfície vertical que as limita, em busca de veios ou massas de minério que se prolonguem, sem permissão expressa do concessionário da autorização da mina confinante, mediante aprovação do Ministro da Agricultura". Aí, prevê-se a vizinhança entre duas ou mais áreas de pesquisa ou de lavra. Não há pré-exclusão da

invocabilidade dos arts. 89 e 40 do Decreto-lei n. 1.985. Não a propriedade do bem imóvel que é a mina, mas o bem imóvel que é objeto da propriedade do solo (Constituição de 1946, art.

152), sofreu diminuição no seu todo. Apenas a constituição da servidão no prédio não pode ser deferida com prejuízo para a mina, que é, por direito constitucional, outro bem.

Diz o art. 48 do Decreto-lei n. 1.985: "Quando as águas dos mananciais, córregos ou rios forem poluidas, por efeito da mineração, o Governo, por instruções e outras medidas que forem necessárias, e ouvidas as repartições competentes da Saúde Pública e outras, providenciará para sanar o mal". O art. 48 do Decreto-lei n.

1.985 nada tem com o assunto das limitações e das restrições ao conteúdo do direito de propriedade. Apenas se prevê que ocorram danos e se dá regra jurídica sobre dever de providência por parte do Governo, que administrativamente intimará ou cominará pena ao autorizado ou concessionário causador do dano. Nenhuma atinência à culpa. Trata-se de dano que se aprecia como ato-fato ilícito, ou como fato ilícito puro. A regra jurídica, que se dirige ao Poder Executivo, não pré--exclui as ações adequadas que tem o dono, enfiteuta, usufrutuário, usuário ou habitador do prédio próximo, ou pessoa que seja possuidor mediato dele, ou quem quer que sofra o dano; inclusive a ação cominatória do art. 302, XII, do Código de Processo Civil.

§ 2.218. Servidões a favor de empresas de energia elétrica

1. LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL. A Constituição de 1946, art. 152, manteve a cisão entre a propriedade do solo e a propriedade das quedas de água, tal como se concebera na Constituição de 1934, art. 118. Por outro lado, *limitou* o conteúdo do direito de propriedade, estabelecendo, no art. 153, que o aproveitamento da energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei. A Constituição de 1946, como a de 1934, não cogitou da limitação ao conteúdo da propriedade dos prédios vizinhos àquele em que está a queda de água, nem, sequer, de limitações ao conteúdo da propriedade do prédio em que a queda de água se acha, salvo no que respeita à cisão de que se falou. À lei ordinária ficou estabelecer regras jurídicas sobre desapropriação de propriedade ou limitações ao direito de propriedade dos prédios vizinhos e do próprio prédio em que se acha a queda de água, nas partes que não ficam sujeitas à cisão.

2.PROPRIEDADE DAS QUEDAS DE ÁGUA E OUTRAS FONTES DE ENERGIA HIDRÁULICA. As quedas de água e outras fontes de energia hidráulica s~o bens móveis, coisas distintas, e não partes integrantes (Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934, art. 145, fl~ parte), nem pertenças, das terras em que são situadas.

A propriedade do terreno não abrange a água, nem o álveo do curso no trecho em que existe a queda de água ou a fonte, nem a respectiva energia hidráulica, "para o efeito de seu aproveitamento industrial" (Decreto n.

24.643, art. 145, 2~a parte). Trata-se, portanto, de limitação ao conteúdo do direito de propriedade: o direito de propriedade do terreno somente vai até *ai,* isto é, até onde começa a aproveitabilidade industrial da queda de água, ou outra fonte de energia hidráulica, com o álveo do curso no trecho em que se acha a água e a energia hidráulica, que se possa produzir. A propriedade separada da propriedade do terreno preexiste, portanto, à autorização ou concessão. As quedas de água e outras fontes existentes anteriormente a essas regras jurídicas continuam pertencentes aos proprietários dos terrenos; em comum, se há proprietários das margens (Decreto n.

24.643, arts.. 139, § 1.0, e 146), ou se eram comuns. As quedas de água e outras fontes de energia hidráulica existentes em águas públicas de uso comum ou dominicais pertencem ao Estado, como propriedade separada, inalienável e inusucapivel (cf. Decreto n. *24.643,* art. 147). Quanto às quedas de égua e outras fontes de energia hidráulica existentes em terras de todos, *res eommunes omnium* (Código Civil, art. 66, 1), nada se disse no Decreto n. 24.643, mas havemos de entender que somente é do povo o que não é água aproveitável industrialmente, com o álveo do curso no trecho em que se situa a queda de água e a energia hidráulica. De modo que é *res communis omnium* o terreno, com todas as partes integrantes, *menos* a água industrialmente aproveitável, com o álveo e a energia hidráulica que se possa produzir, porque essa água é propriedade do Estado.

Ao proprietário do terreno em que se acha a queda de água é assegurada a preferência na autorização ou concessão para o aproveitamento industrial da energia, ou co-participação razoável nos lucros de exploração que por outrem for feita (Decreto n. 24.643, art. 148). No caso de condomínio, é preciso que haja acordo dos condôminos para que se lhes atenda ao direito de preferência, salvo se já algum, ou alguns, ou todos, requereram autorização ou concessão, porque, então, não é por direito de preferência que se lhe há de

outorgar a autorização ou concessão (Decreto n. 24.643, art. 148, parágrafo único, í~ parte). Subsiste o direito à co-participação nos resultados, a favor de todos (art. 148, parágrafo único, 23 parte).

As empresas, ou particulares, que estavam aproveitando quedas de água, ou outras fontes de energia hidráulica, quaisquer que sejam os fins, tiveram o dever de manifestá-lo (comunicação de conhecimento, ato jurídico *stricto sensu),* dentro do prazo de seis meses, contados da data da publicação do Decreto n. 24.643, na forma do art. 149 do mesmo Decreto.

1

3.DIREITOS FORMATIVOS GERADORES E SERVIDÕES. Diz o art. 151 do Decreto n. 24.643: "Para executar os trabalhos definidos no contrato, bem como para explorar a concessão, o concessionário terá, além das regalias e favores constantes das leis fiscais e especiais, os seguintes direitos: a) utilizar os terrenos de domínio público e estabelecer as servidões nos mesmos e através das estradas, caminhos e vias públicas com sujeição aos regulamentos administrativos; i) desapropriar nos prédios particulares e nas autorizações preexistentes os bens, inclusive as águas particulares sobre que verse a concessão, e os direitos que forem necessários, de acordo com a lei que regula a desapropriação por utilidade pública, ficando a seu cargo a liquidação e pagamento das indenizações; e) estabelecer as servidões permanentes ou temporárias exigidas para as obras hidráulicas e para o transporte e distribuição da energia elétrica; *d)* construir estradas de ferro, rodovias, linhas telefônicas ou telegráficas, sem prejuízo de terceiros, para uso exclusivo da exploração; *e)* estabelecer linhas de transmissão e de distribuição

Com a cisão da propriedade entre propriedade do solo e propriedade da queda de água ou de outra fonte de energia hidráulica, essa e aquela têm de ser tratadas como propriedades vizinhas. Uma sofreu limitação em conteúdo, de jeito a poder-se conceber a outra. O que não é a água, o álveo e a energia hidráulica não está no conteúdo da propriedade da queda de água ou outra fonte de energia hidráulica: ficou à propriedade que se limitou. Portanto, para que se *utilize* êsse elemento escapo à cisão, é preciso que se *limite* ou *restrinja* o direito de propriedade do solo. Donde a concepção do art. 151 do Decreto n. 24.643. O prédio em que está a queda de água ou fonte é tratado como prédio vizinho. Além dele, ou deles, há os prédios vizinhos horizontalmente, e esses podem ser particulares ou públicos. Daí a complexidade do art. 151.

O art. 151, a), do Decreto n. 24.648, é de grande importância, pela limitação que faz ao conteúdo do direito de propriedade dos próprios bens públicos dominicais *(verbis* "terrenos de domínio público"). A 1.8 parte do art.

151, a). não limita, nem restringe a propriedade: prevê uso dos bens públicos dominicais conforme os regulamentos. A 2.~ parte, sim: aí, tirou-se ao que seria o conteúdo do direito de propriedade, portanto limitativamente, aquilo com que se compôs o direito formativo gerador e se fêz consistir em restrição ao conteúdo do direito de propriedade o direito a formar-se *(verbis* "estabelecer as servidões nos mesmos"). A 3.~

parte tem a mesma significação que a 1.8.

O art. 151, *b),* do Decreto n. 24.643, atribui ao concessionário através do Estado, entenda-se (Tomo XIV, §

1.611) a pretensão à desapropriação, quanto aos direitos que forem necessários (portanto não só domínio, nem só domínio e servidão, mas usufruto, uso e habitação). A lei de desapropriação é que se há de observar. Os direitos pessoais podem ser desapropriados; *e.* g., pode a empresa, através do Estado, impor a locação. As indenizações hão de ser prévias e em dinheiro (salvo, aqui, acordo), por principio constitucional (Constitu ição de 1946, art. 141, § 16, 1.8 parte).

O art. 151, e), do Decreto n. 24.643, não distingue prédios em que está a propriedade das águas, álveo e energia hidráulica e prédios vizinhos ou próximo. N~ se alude a bens públicos dominicais, porque esses foram objeto do art. 151, a), 2.8 parte.

Dá-se o mesmo com o art. 151, *d) ;* e em *e)* como em *d)* há limitação ao conteúdo do direito de propriedade *(direito formativo gerador),* dele resultando, pelo exercício, o *direito formado,* que é o de servidão, restringente do conteúdo da propriedade.

O art. 151, *e),* apresenta certa dificuldade, porque, sobre distinguir linhas de transmissão e de distribuição de energia elétrica, em relação a linhas telefônicas ou telegráficas a respeito das quais se referira o art. 151, e), a

"servidões permanentes" ou "temporárias" nenhuma alusão fêz a direito real limitado. A melhor construção é a que interpreta o art. 151, *e),* como o art. 559 ou o art. 567 do Código Civil. Só há limitação do conteúdo do direito de propriedade: portanto, direito formação . Não se precisa de restrição ao conteúdo. Todos os prédios por onde

têm de passar linhas de transmissão e de distribuição estão limitados em seu conteúdo: há, somente, o exercício de tal direito já formado, *nos termos do projeto que serviu de base á concessão.* A indenizaÇÃO pode ser, por conseguinte, posterior. Convém, todavia, requerer-se a caução, em caso de urgência, avaliada a indenização a ser paga.

Acrescenta o art. 152 do Decreto n. 24.643: "As indenizações devidas aos ribeirinhos quanto ao uso das águas no caso de direitos exercidos, quanto à propriedade das mesmas águas, ou aos proprietários das concessões ou autorizações preexistentes, serão feitas, salvo acordo em sentido contrário, entre os mesmos e os concessionários, em espécie ou em dinheiro, conforme os ribeirinhos ou proprietários preferirem". E o § 1.0:

"Quando as indenizações se fizerem em espécie serão sob a forma de um quinhão de água ou de uma quantidade de energia correspondente à água que aproveitavam ou à energia de que dispunham, correndo por conta do concessionário as despesas com as transformações técnicas necessárias para não agravar ou prejudicar os interesses daqueles". E o § 2.~: "As indenizações devidas aos ribeirinhos quanto ao uso das águas, no caso de direitos não exercidos, serão feitas na forma que for estipulada em regulamento a ser expedido". O art. 152

sofre a superveniência do art. 141, § 16, 1.8 parte, da Constituição de 1946: nas espécies do art. 151, a), 2.8 parte, *b), e)* e *d),* a indenização é sempre prévia: desapropria-se, ainda que, às vêzes, somente quanto a elemento do domínio . Na espécie do art. 151, *e),* a indenização pode ser posterior.

As indenizações, feitas em espécie, o que só se permite por acordo em qualquer das espécies do art. 151 do Decreto n. 24.643, *podem* ser em quinhão de água, ou de quantidade de energia correspondente à água que aproveitavam, ou à energia de que dispunham (art. 151, § 1.0). A lei cogitava da indenização em espécie, em execução coativa, o que hoje não mais se pode estabelecer, devido ao art. 141, § 16, ta parte, da Constituição de 1946.

Quanto às indenizações a que se refere o art. 152, § 2.0, os regulamentos têm de ser observados no que não infrinjam a Constituição de 1946 ou a lei. O art. 141, § 4□0, da Constituição é de invocar-se.

§ 2.219. Deveres por limitação, e não por servidão

1.FALSAS SERvIDÕES ADMINISTRATIVAS. Quando as leis de direito público dão passagem forçada a eletrodutos e linhas telegráficas e telefônicas, de regra não há servidão; para que houvesse servidão, seria preciso: a) que se tratasse de vantagem de um prédio correspondente a incursão noutro prédio; *b)* que o direito fosse feito com elemento do conteúdo do direito de propriedade. Se, em vez disso, o titular do direito não no é por ser dono de prédio, que seria dominante, ou titular de direito real de uso sobre o prédio, de servidão não se pode falar. Bem assim, se o "elemento" fora tirado, *antes,* pela lei, ao conteúdo do direito de propriedade.

Quando as leis de direito público estabelecem que alguém

não necessariamente o dono de outro prédio, o enfiteuta, o usufrutuário, o usuário ou o habitador pode estender por prédio alheio condutores elétricos, linhas telefônicas e telegráficas de regra (a) criam incursão na esfera jurídica alheia, por *limitação* ao conteúdo do direito de propriedade. Técnica-mente, ou a) já *formam* o direito, deixando ao titular do direito passar por onde queira os canos; fios ou outras peças, desde que não prejudique o prédio por onde se faz a extensão, ou por onde lhe seja menos danosa, ou *b)* concebem *direito Umztativo,* que se há de exercer para que se caracterize o direito de incursão, limitante, ou o) para que se dê servidão (direito formado restringente). São os três tipos de que se trata, respectivamente, *a)* no Código Civil, arts.. 557, 558, 568, 565 (Decreto n. 24.643, arts. 90 e 94), 566, 575 (Decreto n. 24.643, art. 105), 576, 577-587

e 588), *lO* no Código Civil, arts. 559, 561, 564 e 567, e *o)* no Decreto n. 24.643, arts. 43-52, 117-138 (salvo onde não se satisfaz a exigência de haver, pelo menos, dois prédios, servindo-se de um, ou mais, a favor do outro, ou dos outros), não se tendo ido, no corte ao conteúdo do direito de propriedade, além da criação do direito formativo gerador. Nas espécies *a),* só se limita; nas espécies *b),* limita-se e deixa-se para o exercício a caracterização; nas espécies *o),* limita-se, para que se possa, eventualmente, restringir.

Nem todo direito limitativo é direito de vizinhança, de modo que, em a) e em 6), há direitos de vizinhança e direitos que não são de vizinhança. Nem todo direito formativo gerador (limitativo) é direito formativo gerador de servidão, de jeito que há, em *o),* direitos formativos geradores de servidão (direitos a servidão) e direitos formativos geradores de outros direitos. Érro grave de civilistas e administrativistas, mas, especialmente, de administrativistas, está em chamarem "servidão" a todo direito que entra em a), em 6) e em o), sem investigarem se se compõem, na espécie, todos os pressupostos

para que ela se possa classificar como servidão.

2. CONSTRUÇÕES JURÍDICAS INADMISSÍVEIS. Já dissemos que a elaboração juvenil, por assim exprimir, do direito administrativo, por longo tempo o desviou e o transviou da estrada que teria sido a de percuciente e metódica investigação das relações jurídicas, no tocante a poderes do Estado em frente aos direitos reais. Alguns administrativistas culparam a falta de cristalização da doutrina no próprio campo do direito privado. Mas toda doutrina, em direito privado como em direito público, reflete erros do passado e momentos já remotos ou apenas transcorridos da evolução histórica do ramo jurídico; de modo que é preciso que se esteja dentro da respectiva ciência para se saber qual a parte da doutrina isto é, quais os pontos em que se chegou à exatidão científica. Noutros termos, o que a respeito de cada problema constitui a solução certa, ou, se ainda não amadureceu a pesquisa, a menos inconveniente ou mais satisfatória. Em vez disso, os autores de livros sobre direito administrativo recorriam à doutrina civilística, defeituosa, do seu pais, ignorando, por vêzes, a discussão no próprio direito administrativo, em países de mais alta cultura científica do direito, ou recebendo o influxo da discussão nas literaturas estrangeiras com atraso de decênios ou de séculos. Não raro a lei mesma reflete essa tardança. A atitude do legislador italiano, por exemplo, metendo o direito a incursões de eletrodutos e de linhas telegráficas como servidões, força a solução, desprezando o que escreveram, *e. g.,* A. GILARDONI *(Acque pubbliche e impianti elettriei,* II, 587 s.) e A. GRAZIANI (Eletrodotto, *Nuovo Digesto Italiano,* de M.

D"AMELIO, 831 s.). Os doutrinadores posteriores mais prudentes concluíram que, até onde é possível encontrarem-se, *in casu,* os pressupostos necessários da servidão, se tem de respeitar a atitude do Código Civil.

Na análise das espécies, tem-se de perguntar, inicialmente, *se* há fundo dominante; e não, *qual* o fundo dominante. Se o há, então já se sabe que há e qual é. Empresas de eletricidade, de telefones e de telégrafos, têm, necessariamente, no fundo de empresa, prédio, bem imóvel, de que parte a aducção ou a educção de energia elétrica, de fios ou de linhas. De modo que surge o problema da construibilidade jurídica da servidão a favor da empresa. Prédio dominante é a empresa, porque no fundo há prédio, que é indispensável à produção e ao desenvolvimento industrial. A destinação unifica o todo dos bens. Não há qualquer relação jurídica em que se achem dois prédios vizinhos que tenham de ser trespassados pelo eletroduto ou pelos fios ou

linhas. Pode-se conceber servidão entre dois prédios, que recebam energia elétrica, telefone, ou linha telegráfica, se um deles produz ou recebe a energia, o telefone, ou a linha telegráfica, e fornece, negocialmente, a terceiro prédio a energia, o fio ou a linha que dele parte, ou até êle chegou. Mas o assunto nada tem com o problema que aqui se versa.

Se alguma incursão na propriedade privada ocorre, tem-se de verificar se a espécie é de direito limitativo, ou não: se é de direito limitativo, ainda se há de perguntar se a limitação é completa, ou se se faz com a figura do direito formativo. Somente após essa resposta é que se há de inquirir se o direito formado (limitativo) ou o direito formativo (limitativo) é direito entre vizinhos, ou não. Se é direito *entre vizinhos,* no sentido que superou o conceito de vizinhança tal como fora, a princípio, o do direito romano, sabe-se que, ali, há direito de vizinhança e, aqui, direito de vizinhança formativo, sendo direito a formar-se o de servidão.

No campo científico, o que mais importa é distinguir-se do que é direito restringente o que é direito limitativo.

O direito restringente é direito que, supondo de a, *b* e *c* elementos o conteúdo do direito de propriedade, se faz com o elemento *a,* ou com o elemento *b,* ou com o elemento *e,* ou dois deles, sem limitação, portanto, do conteúdo. É o que se dá com a enfiteuse (o direito que mais restringe), o usufruto, o uso ou a habitação, ou qualquer outro direito real, ou pessoal, sobre coisa (como a locação). Direito limitativo ou limitante é o direito que está fora do conteúdo do direito de propriedade, precisamente porque o *limita* ou se compôs para cá dos limites. A discussão em tôrno dos direitos públicos de incursão no direito de propriedade encambulhou direitos para os quais não poderia satisfazer qualquer das teorias. Não se pode dizer, por exemplo, que não sM reais.

Há-os reais, porque inclui dos no conteúdo de direito de propriedade de um prédio *contra* o conteúdo do direito de propriedade de outro prédio, a que cortam algo, limitando (= fazendo menor) êsse conteúdo. Há os que não são reais, porque limitam

O conteúdo do direito de propriedade dos prédios sem serem direitos que toquem a donos de outro prédio: limitam o conteúdo do direito de propriedade dos prédios (z fazem-no menor) sem aumentarem o conteúdo do direito de propriedade de outro prédio. Na primeira classe, estão os direitos de vizinhança: Necessariamente aumentam o

conteúdo do direito de propriedade do prédio, à custa da diminuição no conteúdo do direito de propriedade de outro ou de outros prédios; e direitos que implicam incursão de alguma empresa na esfera jurídica em que se acham outros prédios, ainda que não sejam vizinhos. Na segunda classe, direitos e pretensões que de modo nenhum se podem considerar reais: limitam conteúdo de direito de propriedade, mas falta-lhes *realidade;* os deveres e as obrigações que lhes correspondem são ônus reais, porém não obrigações reais, ou *ob rem.* Tudo se passa *por fora* dos limites do direito de propriedade. Foram esses direitos os a que se referiu, por exemplo, RUI CIRNE LIMA *(Principios de Direito administrativo brasileiro,* S~ ed., 195 s.).

Depois de se saber se há o pressuposto de dois prédios, a que correspondam vantagem *(utilitas)* e desvantagens *(ônus),* tem-se de perguntar se a regra jurídica *limitativa* incide sem mais necessidade de ato ou de exigência (pretensão constitutiva), ou se precisa de ato ou de exercício de pretensão, ou se incide mas ainda precisa de se *formar* direito (pretensão constitutiva).

8. MARGENS DE RIOS PÚBLIcOS. Dizia a Lei n. 1.507, de 6 de setembro de 1867, art. 39: "Fica reservada para a servidão pública nas margens dos rios navegáveis e de que se fazem os navegáveis, fora do alcance das marés, salvas as concessões legítimas feitas até a data da publicação da presente lei, a zona de sete braças contadas do ponto médio das enchentes ordinárias para o interior, e o Governo autorizado para concedê-las em lotes razoáveis na forma das disposições sobre os terrenos de marinha". Tal concepção de servidão foi afastada e, pois, revogado o art. 89 da Lei n. 1.507, pelo art. 14 do Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934: "Os terrenos reservados são os que, banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distância de quinze metros para a parte de terra, contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias". Tais terrenos reservados são públicos dominicais, se bem que "reservados nas margens das correntes públicas de uso comum, bem como dos canais, lagos e lagoas da mesma espécie" (Decreto n. 24.643, art. 11, 2.0; "salvo quanto às correntes que, não sendo navegáveis nem flutuáveis, concorrem apenas para formar outras simplesmente flutuáveis, e não navegáveis". Ésses terrenos são "concedidos" na forma da legislação especial sobre a matéria.

A legislação especial está no Decreto-lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946, arts. 1.~, *b),* 4□0, 64, 86-91, 95-98, 99-111, 127-132, 134-188. Não se cogitou, uma só vez, de servidão. O art. 19, b), do Decreto-lei n. 9.760

inclui entre os bens imóveis da União “os terrenos marginais de rios”; o art. 4□0 diz: “São terrenos marginais os que, banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distância de quinze metros, medidos horizontalmente para a parte da terra, contados desde a linha média das enchentes ordinárias” (cf.

Decreto n. 24.648, art. 14). O art. 64 alude a aluguer, aforamento e cessão (transferência) dos bens imóveis da União. Os arts. 86-91 e 95-98 tratam da locação. Os arts. 99-111, do aforamento. Os arts. 127-132, da chamada

“ocupação”. Os arts. 134-138, da alienação.

4. LIMITAÇÕES À ALTURA DA CONSTRUÇÃO E NAvEGAÇÃO AÉREA. No Decreto-lei n. 488, de 8 de junho de 1938, art. 133,

diz-se que “as propriedades vizinhas de aeroportos e aeródromos estão sujeitas a restrições especiais”. São as restrições relativas ao aproveitamento da propriedade “quanto a instalações, edificações ou culturas, que possam embaraçar a partida ou chegada de aeronave” (art. 183, § 1.0). O Governo fixa as zonas ao redor dos aeroportos e aeródromos, dentro das quais as alturas máximas dos obstáculos serão limitadas (art. 138, § 2.0).

Em casos especiais, pode o Governo permitir obstáculos com altura maior (art. 133, § 3.0). O art. 133, § 49, cogita das alterações. O art. 135 trata da formalidade do ato limitativo, e o art. 136, da indenização.

Tem-se de saber se o art. 133 cria direito limitativo ou se cria direito restringente; isto é, se a) há exercício de direito tal que o conteúdo do direito de propriedade se entende ser *menos* o que é, na altura, necessário à passagem das aeronaves, ou se *b)* há direito formativo gerador de cujo exercício resulte *uso* (direito real limitado) sobre o conteúdo do direito de propriedade ou servidão (direito real limitado). Não se falou, uma só vez, de servidão, e seria contra os princípios atribuir-se a uma lei interpretação que não corresponderia ao que mais rigorosamente se assentou na melhor doutrina, na falta de ligação literal da lei a algumas das construções *de iure condendo* repelidas. Temos, portanto, que o Decreto-lei n. 483, de 8 de junho de 1988 (Código do Ar), não recebeu a concepção da *servidão* de altura *(altius non toilendi)* : adotou a solução mais consentânea com o Código Civil, a de incursão das empresas de navegação aérea pelos caminhos que foram deixados por limitação ao conteúdo do direito de

propriedade, embora na espécie do art. 136 (“Quando tais restrições impedirem construções de qualquer natureza, terão os proprietários vizinhos direito a indenização fixada judicialmente na falta de acordo direto”)

tenha de ser indenizado o proprietário, usufrutuário, usuário, ou habitador do prédio. O direito é limitativo, ainda na espécie do art. 136 do Decreto-lei n. 483, e não restringente, exatamente como se passa, por exemplo, no art. 567 e 579 do Código Civil. Há *jus altius non toilendi,* sem haver *servitus altius non tollendi.*

5.PRAÇAS DE GUERRA, ACAMPAMENTOS E MAIS LUGARES E INSTALAÇÕES DE DEFESA NACIONAL. A Constituição de 1946,art. 141, § 16, □

1 a parte, não permite que se *restrinja* o conteúdo do direito de propriedade sem indenização prévia. No art. 141, § 16, 2.S parte, limitou-se o conteúdo do direito de propriedade, dizendo-se que, em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes podem usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito à indenização. Trata-se de limitação ao conteúdo do direito de propriedade; ao Estado atribuiu-se direito limitativo, e não restrição ou restringibilidade do direito de propriedade. Pensar-se em servidão é absurdo que espanta *(e. g.,* TEMISTOCLES BRANDÃO CAvALCANTI, *InstituE çôes de Direito administrativo brasileiro,* V, 222). Os poderes que têm as autoridades militares não podem ir além dos poderes de polícia, respeitados os princípios do art. 141, §§ 2.0, 15 e 16, e do art. 180 da Constituição de 1946.

6.ESTRADAS DE FERRO E PROPRIEDADES ATRAvESSADAS OU PRÓXIMAS. No Decreto n. 15.673, de 7 de setembro de 1922, art. 89, disse-se: “As estradas de ferro são sujeitas, como vias públicas, às regras gerais da legislação concernente a cêrcas, esgôto das águas, arruamento, edificação lateral e a quaisquer outras que não forem contrariadas pelas disposições do presente regulamento”. O principio geral do art. 8.0 tem alcance apenas de explicitação. No art. 9~0 dá-se o mesmo: submete-se a lei de desapropriações quaisquer incursões no direito de propriedade dos prédios por onde haja de passar a estrada de ferro.

Lê-se no art. 99 do Decreto n. 15.673: “As desapropriaÇÕES de terrenos e benfeitorias necessárias ao estabelecimento e ao

desenvolvimento da estrada de ferro, e a ocupação dos aludidos terrenos e benfeitorias, se farão de conformidade com a legislação especial que regula a matéria". E no art. 10:

"A aprovação pelo Governo das plantas e projetos relativos ao estabelecimento ou desenvolvimento da estrada de ferro, equivale, para todos os efeitos, ao decreto de desapropriação dos terrenos neles determinados como necessários à estrada". "Decreto de desapropriação" está, aí, por decreto de declaração de desapropriação (Tomo XIV, §§ 1.614, 5, 1.624, 2, 1.612, 6, e 1.615).

Desapropria-se, tirando-se *a)* todo o domínio, ou *b)* tirando-se enfiteuse (constituição coativa de enfiteuse), ou e) usufruto (constituição coativa de usufruto), ou o uso (constituição coativa de uso), ou *e)* constituindo-se coativamente servidão, ou locação. Aqui, qualquer que seja a figura jurídica, com que se satisfaz a necessidade do desapropriante, exceto a primeira, não só se limita o conteúdo do direito de propriedade, mas, sim, limita-se o conteúdo para se dar o direito à restrição; se apenas se restringe, o direito formativo deixa de ser extintivo, como em a), para ser gerador de restrição. Sobre o direito formativo extintivo, nas desapropriações, Tomo XIV,

§ 1.609, 4 e 5. A desapropriação para se constituir enfiteuse, usufruto, uso ou servidão, ou locação, contém a extintividade e a criatividade, em vez de unilateral extintividade da desapropriação.

Estatui o art. 12 do Decreto n. 15.673: "Para a construção e desenvolvimento da estrada de ferro, o direito de desapropriação estende-se não somente aos terrenos e benfeitorias a que se refere o art. 10, mas também às pedreiras, lastreiras e árvores situadas nas suas vizinhanças, que, a juízo do Governo, forem necessários à estrada". Lê-se no art. 13: "Os proprietários desses materiais e jazidas poderão evitar a desapropriação, fornecendo-os por ajuste amigável ou consentindo na sua extração". E o art. 14: "Não estando murados ou edificados os terrenos laterais à estrada de ferro, poderá esta, por ocasião de reparos, neles depositar temporariamente materiais ou deles extrair pedras, terra e árvores de que carecer, contanto que indenize os prejudicados pelos danos causados".

A construção jurídica, na espécie do art. 12 do Decreto n. 15.673, é a de direito formativo extintivo (retirada do domínio) ou a de direito extintivo + direito formativo gerador, de cujo exercício resulte direito real limitado ou direito pessoal com posse. A construção jurídica, no tocante ao art. 13, é o direito formativo gerador que, exercendo-se, fica satisfeito pela superveniência de acordo. A figura, que resulta,

pode ser a de simples obrigação pessoal sem posse *(verbis* "fornecendo-os por ajuste amigável") ou pessoal com posse *(verbis*

"consentindo na sua extração").

No art. 14 do Decreto n. 16.673 não há direito formativo gerador: limita-se o conteúdo do direito de propriedade; os atos de que ai se fala são atos de exercício de direito formado. A figura da servidão seria impertinente.

Estabelece o art. 20 do Decreto n. 15.678: "A estrada de ferro não poderá impedir a circulação de quaisquer outras vias públicas, anterior ou posteriormente estabelecidas: rios, canais, ruas, etc." E o seu parágrafo único:

"As pontes que se houverem de construir sobre os rios, canais ou braços de mar terão a capacidade necessária para que a navegação não seja embaraçada". As regras jurídicas do art. 20 são regras que criam deveres às estradas de feno: o exercício do direito delas de se estenderem não pode impedir a circulação de quaisquer vias públicas. No parágrafo único frisa-se que as pontes têm de ser de capacidade suficiente, quantitativa e qualitativa.

Diz o art. 21 do Decreto n. 15.678: "Se, para a construção da estrada de ferro, for necessário alterar-se algum trecho de caminho público, a estrada fará executar as obras necessárias para tal fim, precedendo aprovação da autoridade competente". O direito, que no art. 21 se dá à empresa de estrada de ferro, é limitativo do direito do povo ou do Estado. Se é necessária a alteração, tem a estrada direito a ela, à sua custa, porque a vantagem é sua.

A "aprovação" da autoridade competente é pressuposto do exercício do direito. Se a autoridade competente lha nega, tem a empresa a ação contra o Estado, quer a de constituição da alteração (pretensão a obras), quer a de indenização, quer a ação cominatória (Código de Processo Civil, art. 302, XII). O art. 141, § 4?, da Constituição de 1946 é de invocar-se.

Lê-se no art. 22 do Decreto n. 15.673: "Os cruzamentos com as ruas e caminhos públicos serão, de preferência, superiores ou inferiores e, quando não for isso possível, de nível; ficando a estrada obrigada a estabelecer as obras de segurança necessárias e a manter, nas passagens de nível, os guardas que o Governo julgue preciso". E

o seu parágrafo único: "Quando tais vias públicas forem abertas após a

realização dos estudos da estrada de ferro, a elas tocará o ônus das obras e guardas". As obrigações resultantes do art. 22 e seu parágrafo único são perante o Estado. Se os cruzamentos, de que se trata no art. 22, não são acima ou abaixo do nível das ruas, ou caminhos públicos e seriam praticáveis *(verbis* "quando não for isso possível"), empresa e Estado respondem pela inobservância da regra jurídica, em caso de dano a terceiro, ainda sem culpa. No parágrafo único, mal redigido, o ônus das despesas é do Estado.

Estatui o art. 23: "Nos cruzamentos superiores ou inferiores, os viadutos terão as dimensões convenientes para as necessidades da circulação". Trata-se de simples regra de construção, que cria pretensão e ação ao Estado contra a empresa de estrada de ferro.

Estabelece o art. 30 do Decreto n. 15.673: “Atravessando um terreno particular, a estrada de ferro não poderá deixar sem comunicação as duas partes em que o dividir. Nos cruzamentos de nível com caminhos de uso particular, sobre êstes serão assentadas cancelas, que só se possam abrir para fora do leito da linha, que assim estará sempre desimpedida”. E o seu parágrafo único: “Tais cancelas estarão normalmente fechadas, abundo-se apenas durante o tempo indispensável para dar passagem aos transeuntes”. Da constituIção da servidão a favor da empresa de estrada de ferro nasce a obrigação *ob rem* de não deixar sem comunicação as duas partes em que a estrada divide o fundo. Se há cruzamento com caminho de uso particular, do mesmo nível, a obrigação é de assentar cancelas, que só se abram para fora do leito da linha. As cancelas hão de estar fechadas, salvo quando tiverem de dar passagem aos transeuntes. Se há diferença de nível, rege as espécies o art. 23, tendo-se de atender à sugestão técnica.

Diz o art. 31 do Decreto n. 15.673: “A estrada de ferro poderá recusar passagem sobre os trilhos, quando assim julgar conveniente, a particulares, e fechar as que tiver concedido, contanto que pague as devidas indenizações ou compre os terrenos privados de servidão. Do ato da estrada haverá recurso para o Governo, com efeito suspensivo”~ A estrada de ferro não tem de dar passagem sobre os trilhos se passagem não havia. Se a deu, negocialmente, ou por servidão coativa, pode fechá-la, indenizando ou comprando os terrenos dominantes. A construção da figura do art. 81 como de mera limitação ao conteúdo do direito de propriedade seria contrária à Constituição de 1946, art. 141, § 16, l.~ parte. O art. 3~, 3.~ parte, diz que do ato da estrada cabe recurso para o Governo, com efeito suspensivo. Quer dizer: concebeu-se o direito da empresa como exercível sem qualquer intervenção judicial. A suspensividade do recurso atenuaria os inconvenientes. Tal fechamento arbitrário da passagem não pode ser admitido. Chocar-se-ia com a

Constituição de 1946. Os transeuntes, que saem do prédio dominante, ou dos prédios dominantes, exercem direito e posse. Não os pode eliminar, a seu líbito, a empresa da estrada de ferro. Tem-se de comunicar a resolução, prestando-se caução, ou previamente pagando-se a indenização, ou obtendo-se consentimento dos interessados.

Lê-se no art. 34 do Decreto n. 15.678: “A estrada de ferro é obrigada a executar à sua custa as obras exigidas para a segura travessia de canalizações, encanamentos, fios, cabos, etc., já existentes, e que ela tenha de cruzar por ocasião de sua construção. A estrada não poderá impedir que se realizem novas construções dessa espécie, uma vez que

delas lhe não resultem despesas, e que os proprietários ou contratadores desses serviços façam, à sua custa, as obras necessárias à proteção e completa segurança da estrada". Os deveres que tem a empresa de estrada de ferro são deveres de utente; a infração deles importa em mau uso da propriedade (Código Civil, art.

554). Na 2.~ parte do art. 34, o Decreto n. 15.673 permite aos interessados a feitura de novas obras de canalização, encanamento, fios, cabos e outras da mesma natureza, desde que não prejudiquem a estrada e sua segurança. A empresa estrada de ferro pode pedir caução, ou opor-se judicialmente às obras, se entende que são nocivas ou não oferecem segurança, mas responde pelos prejuízos que a indevida oposição possa causar. Não há a figura de servidão nas novas passagens de canos, fios, eletrodutos, ou o que seja, quanto à estrada; pode havê-la quanto ao terreno em que há a servidão de estrada, ou quanto ao terreno que pertença à empresa de estrada de feno.

Estatui o art. 35 do Decreto n. 15.678: "Os cruzamentos das vias férreas por condutores e canalizações de energia elétrica ou fios elétricos serão executados com observância das prescrições especiais estabelecidas pelo Governo no intuito de garantir a segurança da estrada, cabendo a esta exigir e fiscalizar o cumprimento de tais prescrições". E o seu parágrafo único:

"Os proprietários ou concessionários dessas instalações elétricas ficam obrigados a realizar, nos cruzamentos já existentes, as obras e mudanças necessárias, exigidas de conformidade com as mencionadas prescrições". O art.

35 e seu parágrafo único não tratam do direito que tenham os vizinhos, ou o Estado, ou empresas de serviços ao público, para as obras de que falam. Apenas regulam relações entre os eventuais interessados e a. empresa de estrada de ferro.

Estabelece o art. 36 do Decreto n. 15.673: "A estrada de ferro não pode criar embaraço ao escoamento das águas, devendo para êsse fim construir as obras necessárias; por sua vez, os donos dos terrenos contíguos não poderão embaraçar êsse escoamento nem vedar que para conservá-lo se façam em seus terrenos as obras necessárias". O art. 86 do Decreto n. 15.673 prende-se aos arts. 563-567 do Código Civil. Os direitos e deveres, fundados no art. 36 do Decreto n. 15.673, são direitos e deveres de vizinhança.

Diz o art. 37 do Decreto n. 15.673: "Sendo a linha assentada em aterro, nenhuma escavação se poderá fazer em distância menor do que

a altura deste, contada esta distância a partir do pé do talude, horizontalmente, contanto que a profundidade da escavação não exceda a metade daquela distância". O art. 37 limita o conteúdo do direito de propriedade dos terrenos vizinhos ou sob a linha .

Lê-se no art. 38 do Decreto n. 15.673: "A estrada fará derribar todas as árvores que, vindo a cair, possam atingir o leito da linha, prejudicar a sua conservação ou ameaçar de qualquer forma a segurança de seu tráfego, pagando para isso as indenizações que forem de direito. As exceções a esta regra serão abertas pela fiscalização sob condições especiais que ela prescreverá em cada caso". O art. 3º, 1ª" parte, *limita* o conteúdo do direito de propriedade do terreno em que se situa, a árvore, sem ser preciso qualquer intervenção judicial. A indenização é devida desde o momento em que se derriba a árvore. Por acordo, pode ser transplantada a árvore para lugar em que não haja perigo para a linha. A 23 parte do art. 38 atende a que outro interesse, mais relevante, pese, de modo a não poder a empresa de estrada de ferro exercer o direito de que trata o art. 88, 13 parte. Não há arbítrio da repartição fiscalizadora:

tem ela função de conciliação e pesagem de interesses. Se não há razão para seu ato, tem a empresa ação mandamental, ou cominatória, ou de desconstituição, contra o ato administrativo. Pode-se propor a declaratória.

Estatui o art. 39 do Decreto n. 15.673: "Quem abrir subterrâneo por baixo de uma estrada de ferro fica obrigado a fazer

1

as obras de segurança necessárias, e, no caso de desastre ou de estragos causados pelo subterrâneo à estrada de ferro, será responsável não só pelo prejuízo imediato, mas pelas perdas e danos resultantes da interrupção do tráfego. Sendo pessoa particular, prestará previamente fiança a contento da estrada, com recurso para o Governo". O art. 89 não cogita da natureza do direito que tem a pessoa de abrir subterrâneo; apenas o supoe e regula o exercício de tal direito em relação a empresa e terceiros. A caução é segundo os arts. 690-692 do Código de Processo Civil.

Estabelece o art. 40 do Decreto n. 15.678: “Aos mesmos ônus fica sujeita a estrada de ferro que, abrindo subterrâneo para qualquer fim, prejudicar uma via de comunicação ou outra obra pública anteriormente existente. Se o prejuízo for causado à propriedade particular, terá a estrada opção entre a indenização pelo dano causado e a desapropriação total”. No art. 40, 2.a parte, há limitação ao conteúdo do direito de propriedade particular: a empresa de estrada de ferro ou indeniza o dano ou exerce, por intermédio do Estado, direito formativo extintivo, que é o de desapropriação.

Diz o art. 148: “A estrada tem o direito de reter os quadrúpedes que permanecerem no seu recinto, até que lhe sejam pagas a multa de dez mil réis por cabeça e mais despesas. Poderá também vendê-los em leilão para cobrar-se da multa e despesas, se estas não forem pagas no prazo de dez dias, a contar da captura”. Na lª parte do art. 148, há direito de retenção; na 23, pretensão à execução. O leiloeiro há de ser público. Não há aquele, nem essa, se a estrada não foi cercada, a despeito de haver dever de cercá-la.

Lê-se no art. 154 do Decreto n. 15.673: “A menos de cinquenta metros de distância de cada trilho exterior de estrada de ferro servida por locomotivas a vapor, ninguém poderá depositar materiais de fácil combustão nem construir casas cobertas de sapé, fôlhas de palmeira, casca de pau, etc. As casas que já existirem, assim cobertas, serão reformadas ou removidas pela estrada ou por conta desta. Os explosivos não poderão ser depositados a menos de 300 metros da linha de qualquer estrada de ferro”. E no seu parágrafo único: “Os infratores não terão direito a reclamação alguma em caso de incêndio ou explosão produzidos por fagulhas da locomotiva, e serão responsáveiS) civil e criminalmente, pelo dano causado por tais incêndios ou explosões”. E

no art. 155 do Decreto n. 15.673: “Exceptuam-Se da regra precedente os depósitos provisórios de produtos agrícolas, no tempo da colheita. Ainda neste caso, porém, incumbe aos donos se acautelarem contra o incêndio casual, produzido pelas fagulhas da locomotiva, não podendo, por motivo de tais incêndios, ter direito a indenização alguma. Todavia, a estrada de ferro será obrigada à indenizaçãO, se ficar provado que o incêndio foi produzido por brazas ou por estopa incendiada, atiradas pelo pessoal da locomotiva, ou que esta não tinha o necessário aparelho favilívoro de tipo aprovado pela fiscalização e em bom estado de funcionamento”. O art.

154 do Decreto n. 15.673 contém, evidentemente, limitação ao conteúdo do direito de propriedade, com as conseqüências do

parágrafo único. O art. 155 faz menos grave, em alguns casos, a limitação; mas limitação há.

Não se pode pensar na figura da servidão.

7.PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. Lê-se no Decreto-lei n. 25, de 30 de novembro de 1937, art. 18: "Sem prévia autorização do Serviço de Patrimônio Histérico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, lazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto". A 1.8 parte do art. iS do Decreto-lei n. 25 é evidentemente sobre direito de vizinhança: limita-se o conteúdo do direito de propriedade dos prédios vizinhos (Tomo II, § 158, 1 e 4); a 23 parte limita o conteúdo do direito de propriedade do prédio tombado. É absurdo pensar-Se em servidão.

8.FLORESTAS PROTETORAS E LIMITAÇÃO AO CONTEÚDO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. Se as florestas protetoras são impostas ou defendidas em sua conservação por força de lei, há incursão estatal na propriedade privada, mas incursão para lhe limitar o conteúdo. O Decreto ri. 23.793, de 23 de janeiro de 1934, art. 134, estabeleceu: "Consideram-Sê de conservação perene, e são inalienáveis, salvo se o adquirente se obrigar, por si, seus herdeiros e sucessores, a mantê-las sob o regime legal respectivo, as florestas protetoras e as remanescentes". No art. 49, dissera: "Serão consideradas florestas protetoras as que, por sua localização, servirem, conjunta ou separadamente, para qualquer dos fins seguintes: a) conservar o regime das águas; b) evitar a erosão das terras pela ação dos agentes naturais; e) fixar dunas; *d)* auxiliar a defesa das fronteiras, de modo julgado necessário pelas autoridades militares; *e)* assegurar condições de salubridade pública; *f)* proteger sítios que por sua beleza mereçam ser conservados; g) asilar espécimes raros de fauna indígena". No art. 5.0:

"Serão consideradas florestas remanescentes: a) as que formarem os parques nacionais, estaduais ou municipais; b) as em que abundarem ou se cultivarem espécimes preciosos, cuja conservação se considerar necessária por motivo de interesse biológico ou estético; e) as que o poder público reservar para pequenos parques ou bosques, de gozo público".

Diz o art. 11 do Decreto n. 28.793: “As florestas de propriedade privada, nos casos do art. 4?, poderão ser, no todo ou em parte, declaradas protetoras, por decreto do Governo federal, em virtude de representação da repartição competente, ou do conselho florestal, ficando, desde logo, sujeitas ao regime deste Código e à observância das determinações das autoridades competentes, especialmente quanto ao replantio, à extensão, à oportunidade e à intensidade da exploração”. E o seu parágrafo único: “Caberá ao proprietário, em tais casos, a indenização das perdas e danos comprovados, decorrentes do regime especial a que ficar subordinado Os arts. 8? e 49 do Decreto n. 23.793 e os arts. 89 e 59 limitam o conteúdo do direito de propriedade dos terrenos que têm essas florestas consideradas *protetoras* ou *remanescentes.* A respeito daquelas, o Estado é sujeito de direito formado, e não formativo: a *declaração* é apenas exercício do direito formado. A indenização pode ser posterior. A respeito dessas, há direito formativo extintivo (desapropriação), ou o proprietário admitiu a obrigação, por si, seus herdeiros e sucessores, a mantê-la sob o regime legal correspondente. Não há pensar-se em servidão. ~A obrigação há de ser registada, por inscrição, à semelhança do que se faz com as cláusulas de respeito pelos sucessores à locação (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 178, *a),* IX), ou por averbação, à semelhança do que ocorre com as cláusulas de unalienabilidade (Decreto ii. 4.857, art. 178, *e),* IV)? Por averbação, devido ao art. 285 do Decreto n. 4.857.

Lê-se no art. 12 do Decreto n. 23.793: “Desde que reconheça a necessidade, ou conveniência, de considerar floresta remanescente, nos termos deste código, qualquer floresta de propriedade privada, procederá o Governo federal ou local à sua desapropriação, salvo se o proprietário respectivo se obrigar, por si, seus herdeiros e sucessores, a mantê-la sob o regime legal correspondente”. Já dissemos o que era de mister quanto ao art. 12.

Trata-se de exercício de direito formativo extintivo ou de composição negocial. Não há pensar-se em servidão.

Quanto à desapropriação, rege o direito respectivo.

Estatui o art. 13 do Decreto n. 28.793: “As terras de propriedade privada, cujo florestamento, total ou parcial, atendendo à sua situação topográfica, for julgado necessário pela autoridade florestal, ouvido o conselho respectivo, poderão ser desapropriadas para êsse fim, se o proprietário não consentir que tal serviço se execute por conta da Fazenda Pública, ou se o não realizar êle próprio, de acordo com as instruções da mesma autoridade”. E o seu § 1.~: “Caso o proprietário

faça o florestamento, terá direito às compensações autorizadas pelas leis vigentes". E o § 2.0: "Em se tratando de terras inexploradas ou inaproveitadas para fins econômicos, o poder público poderá fazer o florestamento sem desapropriá-las, ficando a floresta resultante sob o regime decorrente dos dispositivos deste Código". A regra jurídica do art. 13, como a do § 2.0, criou limitação ao conteúdo do direito de propriedade. Não seria admissível interpretar-se que há servidão. Faltariam o pressuposto da existência de dois prédios e o de se tratar de restrição ao conteúdo do direito de propriedade.

Estabelece o art. 14 do Decreto n. 23.793: "Qualquer arvore poderá ser, por motivo de sua posição, espécie ou beleza, declarada, por ato do poder público municipal, estadual ou federal, imune de corte, cabendo ao proprietário a indenização. por perdas e danos, arbitrada em juízo, ou acordo administrativamente, quando as circunstâncias a tornarem devida". E o seu § 1.0: "Far-se-á no local, por meio de cêrcas, tabuleta ou poste, a designação das árvores assim protegidas". E no § 2.0:

"Aplicam-se às árvores, designadas de conformidade com êste artigo, os dispositivos referentes às florestas de domínio público". A imunidade a corte é *limitação* ao conteúdo do direito de propriedade. Não se precisa de registro, pOsto que possa ser feita a averbação. Bastam os sinais de que cogita o § 1.0 do art. 14. O serem as árvores, objeto do art. 14, submetidas a regras jurídicas sobre as florestas que são bens públicos dominicais não as separa do fundo particular.

IA-se no art. 16: "Em caso de alienação de imóveis prévia-mente declarada, de acordo com o parecer do conselho florestal, do interesse do patrimônio florestal da União, do Estado ou do município, terá o Governo respectivo preferência para aquisição, preço por preço, sem prejuízo da desapropriação por utilidade pública". E

no seu parágrafo único: "A preferência acima determinada, se exercitará até noventa dias da ciência da alienação ou da transcrição no Registro de Imóveis". Trata-se de direito de preferência; nada há que se possa referir a servidões.

CAPITULO IV

SERVIDÕES E REGISTRO

§ 2.220. Técnica legislativa

1.SERVIDÕES E CONSTITUIÇÃO DE SERVIDõES . Quem de outro prédio se serve, como se o prédio de que é dono, enfiteuta, usufrutuário, usuário ou habitador, tivesse servidão sabre aquele, tem *posse de servidão,* posse que pode ser imediata ou mediala *(e. g.,* o prédio dominante está alugado). Outra coisa é o *direito de servidão,* que também não se confunde, conforme vimos, com o *direito à servidão,* que é o direito a adquirir servidio (direito formativo gerador).

O direito de servidão é direito real. Os sistemas jurídicos do passado e do presente tiveram de resolver êsse problema inicial: L Desde quando começa a ser direito *real* o direito de servida? Para a solução, teve a técnica legislativa de considerar o interesse dos futuros donos do prédio dominante e o interesse dos futuros donos do prédio serviente, razão por que a *publicidade* passou a ser tida como pressuposto necessário para a constituIção de algumas servidões.

A princípio, atribuiu-se grande importância à posse e à tradição, exatamente por *publicarem.* Porém nem tOda posse publica, nem a posse publica suficientemente. Tão-pouco, a tradição. Assistiu-se, então, à evolução da técnica legislativa até o registro.

2.DIREITO GREGO E DIREITO ROMANO. No direito grego, havia as servidões como direitos reais limitados, perpétuas, não se podendo alienar sem o prédio. Tinha-se como qualidade do fundo, que é como se disséssemos direito acessório, inseparável do prédio (E. PLATNER, *Der Prozess und die Klagen bei den etntikern,* II, 309; G. A. LEIST, *Der atti.scke Eigentumsstreit,* 7;14.VOIGT, *tYber den Bertand und die historisehe Entwick!ung der Servituten,* 45, nota 95), As referências são escassas *(e. g.,* DEMÓSTENES, *CaIIwL,* § 19). Quanto à publicidade, à diferença do que se passava no direito romano, que se contentava com formalidades passageiras, as repúblicas gregas preocuparam-se com a permanência da publicação. Algumas tiveram, àqueles tempos, o que a França e o Brasil, por exemplo, não tiveram antes do século XIX. O Grego sempre atribuira à prova escritA maior relêvo que às formalidades em ato, que estavam à base da concepção romana da juridicização dos atos humanos e da sua prova. Quando os Romanos entraram na Grécia, já estavam em decadência os registros (cf. R. DARESTE, B. HÃUSSoULLIER e T. REINACE, *Recueil des Inscriptio‟ns juridiques greoques,* 1,

p.VII). Tinham os Gregos a transcrição e provávelmente a inscrição, quanto a enfiteuses, hipotecas e servidões, mas faltam provas diretas

(ei. F. HOFMANN, *Beitrãge zur Gesch.ich.te des grieehischen und rõmischen Rech,ts,* 8; EL E. HERMANN, *Rechtscvitertihner,* 4~ ed., 149).

3.NEGÓCIOS JURÍDICOS E CONSTITUIÇAO DAS SERVIDÕES. A servidão, quer negativa quer positiva, pode-se constituir por negócio jurídico, desde que se registe: não há mister tradição. A controvérsia sobre o direito romano e sobre o direito comum, quanto a se poder constituir servidão sem a tradição, perdeu parte do interesse; porém não todo. Segundo alguns romanistas, os *pacta* e as *stipula.tiones* bastavam à constituição do direito real de servidão; segundo outros, não. Com a primeira opinião: os expositores franceses e W.

FRANCKE *(Civilistische Abkandlungen,* n. 3), J. A. FRrrz *(Eruiuterunt,lefl, Zusdtze nnd Rerichtigungen,* 1, 376), ART. VOM VANGEROW *(Lehrbudt der Pandekten,* 1, § 350), A. BRINZ *(Lehrbuch der ?andekten, ~,* 2a ed., 792), OTTO KARLOWA *(Das Rechtsgeschdft,* 223 s.),

O. LENEL (Parteiabsicht und Rechtserfolg, *Jahrbiicher fiM‟ die Dogrnatik,* 19, 183). Com a segunda opinião: E. 1. SCEMIDTLEIN *(De Servitutibus per pactum constítuendis,* especialmente 72), E. voN SAVIGNX *(Das Recht des Besitzes,* □

8 a ed., 502 e 511;

ed., 447 e 454), 5. ZIMMERN (Kónnen Servituten durcb Vertrag bestellt werden?, *Árchiv fiM‟ die civiistische Praxis,* VII, 309- -884), A. *L.* J. MICUELSEN (Servituten kõnnen durch blossen Vertrag bestellt werden, VIN, 862-889), C. E. ROSSHIRT *Grundtit&iefl des rõmischeit Rechtt,* 191), e 11. BUItCKHARD (De aqua et aquae pluvise arcendae, CItE. FE. „VON GLtCK, *Ãus$hrliche Erlãuterllnb der Pandekten~,* Série do L. 89 e 40, Parte IN, 822 s.).

Analisando os textos romanos, mas principalmente interpretando o que se procurava exprimir na L. 186, § 1, O., de *verborum obtigationibus,* 45, 1, à diferença de tudo quanta se disse noutras passagens do Digesto quanto ao *uti frui, ire a.gere licere,* damos outra explicação que liga o passado ao presente. primeiramente, devemos afastar qualquer relação do problema com o *Traditionibus et usucaonibzts dominia rerum, non nudis pactis trans feruntztr* (L. 20, C., *de pactis,* 23), que só se referia ao domínio. Em segundo lugar, atendamos a que os Romanos não tinham o registro e precisavam distinguir o pacto nu e o pacto em que houvesse permissão de atos, razão por que os textos separam o *uM frui, ire agere licere* e o *usum fnwtura iter viam*

dari. Quem vende ainda não acordo em transferir. Quem acordo em transferir permite; e permitir *(licere)* é mais do que prometer, do que vender.

Faltou ao direito romano isolar o *acordo de coiutituição* e o *negócio jurídico básico,* o pacto.

A posse, portanto a tradição, havia de ser conseqüência da constituição: consentia-se em constituir e dava-se o exercício, mas o consentir em constituir já era *licere.* Se não havia o *licere,* a tradição, a *traditio,* continha-o, em fato. Donde referirem-se os textos ora à *traditio,* ora às *pactiones eL stipuUitiones.* Originàriamente, era pela *mancinatw,* quanto às *seriuitutes praediorum rusticorum,* ou pela *in iure cessio,* para quaisquer servidões, que se constituía servidão. À *pactio* juntava-se stipu-. *latio,* pela qual se prometia o "exercício", obrigando4e por si e pelos herdeiros, se não se podia empregar a *nuncipatio* ou a *is Cure* cessio (GAIO, II, 28-31; L. 88, §§

10-12, O., *de verborum oUigationibus,* 45, 1; L. 2, §§ 5 e 6; L. 49, § 2; L. 50; L. 85, § 3; L.181, pr.) - Estava-se a procurar a distinção entre o negócio jurídico e o acordo de constituição, com a clareza que hoje se alcançou. A enfitease, a hipoteca e a superfície, além da servidão, podiam constitui ~se *solo cone erteu,* mas ainda que não o percebessem e não a exprimissem suficientemente o consenso era duplo, o da obrigação e o da constituição.

Com o sistema do registro, o *acordo de constituição* abre livre caminho para a inscrição, que torna real o direito, sem se precisar da *stipulatio (poenae)* para o caso de não se entregar o exercício.

§ 2.221. Registro das servidões e direito brasileiro

1.CONCEPÇÃO ANTERIOR À LEI N. 1.237, DE 24 DE SETEMBRO DE 1864, E AOS DEcRETOS N.

3.453, DE 26 DE ABRIL DE 1864,

N. 169-A) DE 19 DE JANEIRO, E N. 370, DE 2 DE MAIO DE 1890. As servidões não precisavam de registro e a legislação que cogitara das hipotecas a eles não se referira. O Decreto n. 370, de 2 de maio de 1890, art.

288, na esteira do Decreto n. 3.453, de

26 de abril de 1864, art. 261, e do Decreto n.169-A, de 19 de janeiro, art. 6.0, disse que a lei não reconhecia outros direitos reais (limitados) que aqueles que êle enumerava, entre os quais a servidão, o uso, a habitação e o usufruto. No art. 241, o Decreto n. 870 (cp- Decretos n. 8453, art. 264, e a. 169-A, art. 6.~, § 2.0), que tais direitos reais limitados ("ônus reais", dizia), constituídos por atos entre vivos, precisavam de transcrição, "para valer contra terceiros; e só começam a valer desde a data dela". "Valer" estava, ai, por impropriedade de expressão, que ainda aparece a cada passo, por "ter eficácia". Hão de ler-se proposições com tal vicio de terminologia, corrigindo-se a forma. No Decreto n. 169-A, o art. 6.0, após a enumeração de que se falou, enunciara: "Os referidos ônus não podem ser opostos aos credores hipotecários se os títulos respectivos não tiverem sido transcritos antes das hipotecas" (§ 2.0) ; "A disposição do § 2,0 só compreende os ônus reais instituidos por atos *inter vivos,* assim como as servidões adquiridas por prescrição, sendo a transcrição neste caso por meio de justificação ou qualquer ato judicial declaratório".

Admitia-se, portanto, que existisse o direito real, mas os seus efeitos ainda não fossem contra terceiros: só o registro, com a publicidade especifica, tomava *erga omnes* a eficácia *real.* Os textos permitiam melhor interpretação, porém não foi a que se adotou até o Código Civil. Alguns juristas nem sequer atendiam à explicitude dos Decretos n. 169-A e n. 370 (e. *g.,* JOSÉ MENDES, *Das Servidões de caminho,* 77 s.).

LACERDA DE ALMEIDA *(Direito das Coisas,* 1, 186 s., e II, 48) não desceu à. análise.

2.DiREITO POSTERIOR AO CÓDIGO CIVIL. A respeito das servidões, os arts. 676, 697 e 698 do Código Civil sflo de clareza que não deixa margem a discussões sérias; o art. 708 aviva aa linhas do sistema. O

principio do registro essencial à existência dos direitos reais limitados aparece, nítido, no art. 676: tais direitos, se sobre imóveis, "constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem depois da transcrição, ou da inscrição, no registro de imóveis, dos referidos títulos", "salvo os casos expressos neste Código". Antes do registro, se nao se trata de exceção expressa ao princípio, não existem os direitos reais limitados. Pôs-se o principio no plano da *existência)* do direito real limitado, e não no plano da *eficácia.* Em vez de existir e não ter eficácia quanto a terceiros, o direito real limitado ainda não existe. Houve, assim, mudança de solução, se consideramos a doutrina

anterior, ao interpretar os textos de 1864 e 1890, como certa. Para que se possa pôr de lado o principio do art. 676, é preciso que haja, no Código Civil ou noutra lei, posterior a êle, exceção expressa.

O art. 697, para pré-excluir qualquer interpretação que permitisse a usucapião de servidões não-aparentes, decisivamente estatuiu: "As servidões não aparentes só podem ser estabelecidas por meio de transcrição no registro de imóveis". Ainda se frisou que se trata de afirmação no piano de *existência (verbis* "só podem ser estabelecidas"). O art. 698 abriu exceção para a usucapião das servidões aparentes, nos prazos de dez, quinze (art. 698) e vinte anos (art. 698, parágrafo único). Influenciado pela legislação de 1890, LACERDA DE

ALMEIDA *(Direito das Coisas,* II, 54) escreveu: "A servidão adquirida por uso diuturno deve, para produzir efeitos contra terceiros, constar de ato judicial que a reconheça, transcrito no registro geral". Acrescentou: "Éste reconhecimento, que anteriormente podia decorrer de justificação julgada por sentença ou de qualquer outro ato judicial declaratório, parece estar atualmente reduzido a duas únicas formas: a sentença proferida em ação confessória e a sentença final em interdito possessório". Escusado é frisar-se o absurdo de tal interpretação que reduzia a declaratoriedade da decisão sobre usucapião à confessória e atribula declaratoriedade de direito real limitado à ação possessória.

O art. 6.0, § 5$, do Decreto n. 169-A, de 19 de janeiro de 1890, proveio do art. 274 do Decreto n. 3.453, de 26

de abril de 1864: "A transcrição das servidões adquiridas por prescrição será feita ou por meio de justificação julgada por sentença, ou por meio de outro qualquer ato judicial declaratório". A Lei n. 1.287, de 24 de setembro de 1864, art. 6?, § 5?, dizia: "A disposição do § 2.0 só compreende os anus reais instituidos por atos intervivos, assim como as servidões adquiridas por prescrição, sendo a transcrição neste caso por meio de justificação julgada por sentença ou qualquer outro ato judicial declaratório". O Código Civil, art. 698, fala de

"sentença que julgar consumado o usucapião". A terminologia de 1864 e de 1890, embora não fosse perfeita, era melhor do que a do Código Civil. O que importa é que a decisão judicial tenha *força,* ou *eficácia imediata* ou *mediata* de declaração, para que possa haver o registro. A sentença que vem em primeiro lugar é, sem dúvida, a sentença proferida em ação declaratória (e ação declaratória era a justificação julgada por sentença, a que a Lei n. 1.237, art. 6.0. § 5$, o Decreto n. 3.453, art. 274, e o Decreto n. 169-A, art. 6$, § 5.~, se referiam).

Depois, a sentença na ação confessória, cuja carga de eficácia declarativa é mediata (~~) ; e em qualquer outra, que tenha pelo menos tal pêso de eficácia declarativa. A ação de reivindicação contra o vizinho, ou em que o vizinho foi litisconsorte, só serve de titulo se foi feito o pedido de declaração (cf. Tomo XIV, §§ 1.573, 6, 1.577

e 1.585). O art. 249 do Decreto n. 370, que falara em sentença proferida em ação confessória, ou em interdito possessório, foi de infelicidade evidente: ação possessória não decide sobre usucapião; decide sobre haver posse. Nem o Decreto n. 870, que era regulamento, podia revogar a lei, que era o Decreto n. 169-A.

A Lei n. 4.827, de 7 de fevereiro de 1924, art. 5.~, *b),* XI, por obra de mal inspirada omissão da Câmara dos Deputados, que deixou de atender à crítica que o Senado, apoiando o Instituto dos Advogados, fizera ao projeto, só se referiu a servidões não-aparentes, como se as aparentes não se devessem registar. A doutrina desde logo interpretou o texto da Lei n. 4.827 como se houvesse admitido sem registro constituição de serviDoes , fora da usucapião das servidões aparentes, cuja sentença, aliás, tem de ser registada (Código Civil, art.

698), para mais eficiente publicidade. Erro que é gritante.

Ainda que se haja dado, por escrito, a servidão, seja particular ou público o instrumento, e se haja permitido a posse, inicia-se posse de servidão, não servidão direito real. Só há direito real de servidto com a inscrição, salvo se já se completou o tempo do art. 698 do Código Civil, só referente às servidões aparentes (cf. Câmaras Cíveis da COrte de Apelação de Minas Gerais, 31 de outubro de 1936, *1?. 1*".*,* 68, 831).

Convém advertir-se em que o registro torna aparente a servidão que o não é, dando ensejo a aparição da figura jurídica da usucapião tabular se os pressupostos se compõem. O registro da servidão não-aparente, que podia ser retificado ou cancelado e não no foi, necessariamente se fêz por inscrição, pois, de sentença de usucapião que se houvesse de transcrever não se poderia, *ex hypothesi,* cogitar. Se o suporte fático para a usucapito se completou, a sentença que deferiu o pedido de declaração da usucapião tabular se há de transcrever, e não inscrever.

§ 2.222. Inscrição

1.INSCRIÇÃO, E NÃO TRANSCRIÇÃO. De transcrição falaram a Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864, art. 6.0, §§ 2.~ e 5$, o Decreto n.

3.453, de 26 de abril de 1864, arts. 264 e 274, os Decretos n. 169-Â, de 19 de janeiro, art. 6.0, §§ 2$ e 5$, e n. 370, de 2 de maio de 1890, arts. 241 e 249. Também à transcrição referiu-se o Código Civil, arts. 676, 697 e 698. A Lei n. 4.827, de 7 de fevereiro de 1927, art. 5$, *b),* VIIIe XI, empregou o termo transcrição, distinguindo os três registros (transcrição, inscrição e averbaÇÃO). O Decreto n. 4.857, de 9

de novembro de 1939, art. 178, a), X, e *b),* IX, mencionou a *inscrição* do titulo das servidões não-aparentes e a *transcrição* da sentença declaratória de servidão aparente adquirida por usucapião. Havemos de entender que a essa discriminação é que se há de atender: os títulos negociais são inscritos; a decisão declarativa da usucapião transcreve-se.

2.“ Decreto n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928, art. 173, *b),* VIII e XI, não ousara afastar-se da Lei n. 4.827, de 7 de fevereiro de 1927, art. 5$, *b),* VIII e XI; mas a passagem do registro doe direitos reais limitados para a classe dos atos sujeitos à inscrição melhor atendia à própria sistemática do Código Civil, abrindo-se exceção para a usucapião de servidões (o que somente ocorre com as servidões aparentes), à semelhança do que acontece com a usucapião de domínio, a par da usucapião tabular das servidões não-aparentes.

§ 2.223. Cancelamentos

1. FUNÇÃO DO CANCELAMENTO. O cancelamento retira a eficácia do registro e põe termo ao direito real limitado, *ex nuno.* Enquanto não se procede ao cancelamento, subsiste o direito real limitado. Diz o art. 288 do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939: “O cancelamento efetuar-se-á mediante certidão, escrita na coluna das averbações do livro competente, datada e assinada pelo oficial, que certificará a razão do cancelamento e o titulo em virtude do qual êle foi feito”. O cancelamento pode ser feito por extinção (deixar de ser) do direito real limitado, por ser inexistente, nulo, ou ineficaz o título, ou por ser nulo o registro. Se o cancelamento foi por ser nulo & registro, pode ser feito nOvo registro (Decreto n. 4.857, arE 295, parágrafo único).

O art. 134, II, do Código Civil incide (Câmaras Civeis da Côrte de Apelação de Minas Gerais, 11 de setembro de 1937, *R. dos T.,* 118, 744). Feita a inscrição, somente pode ser decretada a nulidade segundo os princípios que expusemos quanto aos atos traslativos de domínio já registrados.

2.AÇõES DE CANCELAMENTO. (a) Diz o art. 709 do Código Civil: “O dono do prédio serviente tem direito, pelos meios judiciais, ao cancelamento da transcrição, embora o dono do prédio dominante Ibo impugne: 1. Quando o titular houver renunciado a sua servidão. II. Quando a servidão fOr de passagem, que tenha cessado pela abertura de estrada pública, acessível ao prédio dominante. IN. Quando o dono do prédio serviente resgatar a servidão”. Entenda-se: cancelamento da inscrição ou de transcrição, conforme o caso. Em qualquer das espécies, o dono do prédio serviente tem *ação para cancelar,* ação mandamental (art. 709, 1-11) que se há de propor perante o juízo de registros, ou constitutiva negativa (art. 709, IN) com eficácia declaratória imediata nas espécies do art. 709, 1

II, e mediata, na espécie do art. 709, IN.

AÇÕES DE CANCELAMENTO

(b)Lê-se no art. 710: “As servidões prediais extiriem-se: 1. Pela reUnião doe dois prédios no domínio da me ma pessoa. II. Pela supressão das respectivas obras por efeito de contrato, ou de título expresso. IN. Pelo não uso, durante dez anos contínuos”. O art. 710, 1, incide se a reUnião dos do prédios na mesma pessoa tem como consequência a *união* matrial, de modo que não se possa pensar em servidão a que fali prédio serviente, ou se o dono promove o cancelamento.) art. 710, II, a extinção é convencional, ou negocial unilateri No art. 710, IN, a extinção também não se opera independentemente do cancelamento, devido ao art. 708: “Salvo não desapropriações a servidão, uma vez transcrita, só se extingo com respeito a terceiro, quando cancelada”.

Estabelece o art. 711: “Extinta, por alguma das causo do artigo anterior, a servidão predial transcrita, fica ao doí do prédio serviente o direito a fazê-la cancelar, mediante a prova da extinção”. Aqui, o dono do prédio serviente, o enfiteuto usufrutuário, o usuário ou o habitador tem pretensão a pr mover perante o oficial do registro o cancelamento; não há cogitar-se das ações de cancelamento de que se falou em (a).

Diz o art. 712 do Código Civil: “Se o prédio dominante estiver hipotecado, e a servidão se mencionar no título hipotecário, será também preciso, para a cancelar, o consentimento do credor”.

O art. 712 incide se existe servidão registada ou com usucapião operada, se o cancelamento é em virtude de negócio jurídico; e não

em virtude de retificação do registro ou decretação de invalidade, ou em virtude de decisão judicial fundada no art. 709, II, ou III, ou no art. 710, 1, ou II, I.~ parte, ou III.

CAPITULo V

EXERCÍCIO DAS SERVIDÕES

§ 2.224. Conteúdo e exercício das servidões

.

1.CONCEITOS DE CONTEÚDO E DE EXERCÍCIO DAS SERVIDÕES.

A maior atenção do jurista há de recair na distinção entre conteúdo e exercício da servidão. O conteúdo enche o direito; o exercício projeta-o. O exercício pode não ser correspondente a todo o conteúdo; não deve excedê-

lo. Delimita-se conteúdo, no titulo ou na posse; passa-se o mesmo quanto ao exercício: mas há de *conter-se* naquele. Para além da projeção normal do conteúdo da servidão, o exercício é ilícito (irregular).

Na aposição do direito segundo as regras jurídicas escritas, Um-se de separar as regras jurídicas que concernem ao *conteúdo* das servidões e as regras jurídicas que concernem apenas ao *exercicio.*

A *utilidade* limita, porque não se justificaria que se diminuísse, ao prédio serviente, o valor, sem que disso se aproveitasse o prédio dominante. A utilidade ou necessidade há de ser considerada quanto ao conteúdo da servidão e quanto ao seu exercício (L. 5, § 1, D., *de servitutibus praediorum rusticorum,* 8, 3: "Disse Nerúcio nos livros sobre Pláucio que nem a servidão de tirar água, nem a de levar gado a beber, nem a de tirar greda, nem a de cozer cal podem existir no alheio, se não existe outro prédio vizinho: e isso afirmou que opinaram Próculo e Atilicino. Mas o mesmo disse que, para se poder constituir, especialmente, servidão de cozer cal e de extrair greda, não se pode ir além do que seja necessário ao próprio fundo", *non ultra posse, quam quatenus ad em» ipsum fundutn opus sit;* L. 6, pr~ 24 e 33).

O *fim* limita, porque se diz, dentro do que é útil, o que, concretamente, interessa ao prédio dominante. Se o fim escolhido excede àquele limite, só se entende até onde não entra no campo do inútil. O pressuposto da utilidade prima, razão por que não é de aconselhar-se, *de iure condendo,* dispensá-lo, como fêz o Código Civil suíço.

A *restrição negocial* caracteriza-se pelo que se retira ao que seria fim e utilidade; então é negocialmente que se determina o fim.

A servidão pode ser sob condição, ou a termo; isto é, a começar de ou a terminar a. A *causa perpetua* deixou de ser pressuposto necessário, repelindo-se o direito romano antigo e o direito de alguns Estados.

Quem fala de servidão fala de direito que passa à frente do direito do dono do prédio serviente. Se A tem servidão de pasto no prédio de B para duzentas cabeças de gado, primeiro pastam as cabeças de gado do dono do prédio dominante; isto é, o gado de A somente pode pastar *até onde, em quantidade* e *durante tempo* que não prejudique o direito de B. O tratamento igual ou só do restante pode ser atribuido em servidão. Não cabe pensar-se em que isso se presuma, ainda que se haja diminuído a capacidade do prédio para servir.

A necessidade do fundo dominante limita o conteúdo e o exercício; mas o exercício da servidão há de respeitar os direitos do proprietário do fundo serviente. Há de exercer-se regular-mente (art. 160, 1, 1ª parte), *suo iure civiliter uti.* Inclusive não se tira ao dono do prédio serviente a faculdade de estabelecer outra servidão ou outras servidões, se, com isso, não ofende a que já existia (L. 2, §§ 1 e 2, e L. 14, D., *de se"rvitutibus praediorum r"usticorum,* 8, 3; L. 15, D., *communia praedtorttm iam urbanortm quam rusticorum,* 8, 4; L. 4, D., *de aqua cottidiana et asativa,* 43, 20). Há de o titular da servidão respeItar, quanto possível, os interesses do proprietário do prédio serviente. De modo nenhum se há de pensar em que tal dever e obrigação resultem em relação obrigacional legal anen à servidão (sem razão, E. GOLDMANN-H. LILIENTRAL, *Das Ritrgerliche Gesetzbuch* II, 388 s.). Se há duas ou mais possibilidades de utilizar a servidão, é dever do titular exercê-la pela que seja menos gravosa para o proprietário do prédio serviente. Trata-se de *dever de omissão* (de omitir as outras possibilidades, cf. MÀRTIN WOLFP, *Lehrbuch,* IN, 374); como, para o titular da servidão de pasto, o de não pôr o gado a pastar sem pastor, ou vaqueiro, o de não introduzir na terra serviente gado doente e o de abster-se de pôr o gado a pastar fora das estações do costume. Por isso mesmo, tem o proprietário do prédio serviente de sofrer que o modo da servidão ou as obras sejam alteradas pelo dono

do prédio dominante quando necessárias ao prédio dominante, e não se ofenda, com isso, a servidão, ou os incômodos sejam infimos (R.

STAMMLER, *liXe Lekre von dem richtigen Rechi,* 216). Assim, se o dono do prédio dominante, que tem servidão de caminho para caminhões, submete a verificação de números de matricula os que panam, ou levanta portão que tenha campainha de chamada. O titular tem o dever de não deixar que o exercício da servidão abra ou exponha o prédio serviente a outrem.

Tais deveres não podem restringir o conteúdo da servidão. Se o titular da servidão só excede as raias do exercício, a ação adequada é a *ação negatória* (O. WARNEYER, *Kommentâr,* II, 239). Se há danos, cabe a ação de indenização. A regra jurídica do art. 703 não é exceção, e sim espécie de exercício regular, que o Código Civil explicitou (Ma‟rIN WOLFF, *Lehrbuch,* IN, 375; sem razão, O. STRECKER, em O. PLANCK, *Kommentar,* IN, 4.a ed., 582).

O exercício da servidão pode ser por turno. *E. g.,* os utentes do mesmo canal têm horas certas para abrir as respectivas comportas. Já na L. 5, § 1, D., *de aqua cottidiana et aestiv* 43, 20, JULIANO falava de dois que pelo mesmo canal aduziam água, a certas horas, separadamente (duos, qui eodem rivo aquam certis horis separatim ducebant), tendo-se convencionado usar a água, por permuta temporal, entre si. A discussão em tôrno de se saber se a convenção há de ser entre os utentes ou entre eles .e o dono do prédio serviente é sem alcance: 4nto pode ser entre Oles só, como entre eles e o dono do prédio serviente; mas, para que o trato faça parte do conteúdo da servidão, é preciso que a convenção seja entre eles e o dono do prédio serviente, *a)* Se não há convenção com êsse, tudo se passa, pessoalmente, entre os comuneiros. *b)* Se há dois ou mais prédios dominantes, há tantas servidões quantos os prédios

e o negócio jurídico entre os donos nada tem com o regramento do exercício do direito, entre comuneiros. *e)* Se há comunhão de titulares da servidão e convenção com o dono do prédio serviente, que foi a registro, a servidão há de ser usada segundo o turno, e algumas vêzes não se disciplinou a servidão mas só o exercício.

Se *aj,* os utentes podem mudar o turno. Em *b),* ou convenção com o dono do prédio serviente, que entre como cláusula do ato constitutivo ou pacto posterior que o altere, ou não há convenção, ou a convenção é só quanto ao exercício. Em *e),* a mudança de turno depende de distrato com o dono do prédio serviente. Qualquer alteração do que

foi registrado tem de ir a registro.

2. TITULO E EXERCICIO. O titulo da servidão regula-lhe o conteúdo e o exercício. Os limites do conteúdo podem não ser os do exercício; mas os do exercício hão de estar dentro daqueles. A extensão e o modo de exercício podem variar, se o titulo não lhes disciplinou a variação, ou não os determinou sem variação. Se a variação é possível, depende do titular da servidão, enquanto não se compõem ou eventualmente não se compõem os pressupostos para *pretentsâo à regulação do exercicio.*

A extensão da servidão precisa ser determinada, para que sobre ela não haja dúvida. Se se lhe atribui conteúdo maior do que aquele que se deduzira do direito de propriedade, agrava-se a servidão. O *modo de exercício ,* êsse, tem de ser interior ao conteúdo da servidão, qualitativa e quantitativamente.

8.LIMITES FÁTICOS AO ExERCÍCIO DA SERVIDÃO. Diz o Código Civil, art. 704: "Restringir-se-á o uso da servidão às necessidades do prédio dominante, evitando, quanto possível, agravar o encargo ao prédio serviente". Acrescenta o parágrafo único do art. 704: "Constituída para certo fim, a servidão não se pode ampliar a outra, salvo o disposto no artigo seguinte". Os dois princípios resultam de ter a servidão conteúdo estrito e ser, conceptualmente , direito real que algo aumenta, como *plus,* à utilizabilidade do prédio dominante, a) Se a servidão vem a ser exercida para utilidade que não é fundiária, ainda que a fundiariedade exigida provenha de destinação do prédio, não se pode pensar em regularidade de exercício. Ainda abstratamente, a utilização não poderia ser exercício de servidão.

b) Se a servidão vem a ser exercida além das necessidades do prédio, embora se trate de *utilitas fundi,* isto é, de utilização que poderia ser conteúdo de servidão, há infração do art. 704: é *irregular,* por força de tal regra jurídica, o exerci cio da servidão. Quem tem servidão de passagem para o prédio de habitação não poderia organizar serviço de empregado. que durante todo o tempo estivesse a passar pelo prédio serviente; nem o titular do direito de servidão de passagem com automóvel poderia dar passagem pelo prédio dominante a automóveis que viessem de outras propriedades, ainda se pertencentes ao dono do prédio dominante. Nas servidões *de futuro* é assaz importante êsse princípio, porque, antes de ser feito o edifício, ou a instalação, ou tornada praticável a servidão, não é exercível o que não é útil ao proprietário do prédio dominante, segundo o conteúdo da servidão *de*

futuro. Todavia, quem tem servidão de passagem com automóvel tem-na de passagem a pé, salvo se as circunstâncias mostram que se restringiu o conteúdo da servidão e não se precisa de tal saida, por haver ou por ser praticável outra.

4.EXTENSÂO DO DIREITO DE SERVIDXO E ATITUDE DO DONO DO PRÉDIO SERVIENTE. O titulo pode mencionar, miàdament e, os poderes do titular do direito de servidão (conteúdo!). Se o não faz, entende-se que tem todos aquêles que sejam necessários ao exercício da servidão. Tais poderes não são servidões, são poderes. Quem tem servidão de água tem o poder de ir até à fonte. Mais: o poder de limpeza do canal, ou do reservatório. Quem tem servidão de imissão de fumaça na chaminé do vizinho tem poder de reparação.

aQuid iuris, se no negócio jurídico, apesar de se constituir a servidão, se proibiu o que é indispensável ao seu exercício? Há contradição *in adjecto.* Tem-se de salvar a servidão, interpretando-se o negócio jurídico como vedativo apenas do que seria nocivo ao prédio serviente. A necessariedade dos atos têm por limite a ofensa ao direito do outro proprietário; e onde se negou à servidão constituída o que lhe é de mister só se há de ter negado onde prejuízo cause ao prédio serviente.

Quem tem direito de servidão só o pode exercer segundo o titulo, que lho atribuiu, ou conforme a posse, de que lhe provei o a servidio aparente (art. 698). Na dúvida quanto ao conteúdo. têm-se de apreciar as circunstâncias da momento em que foi constituida. Na dúvida sobre a extensão ou modo do seu exercício, há de ser entendida como pode satisfazer as necessidades do fundo dominante e o mínimo de restrição aos poderes que há de ter o dono do prédio serviente. O máximo de que se precisa com o mínimo de dedução.

Quanto às servidões aparentes, adquiridas pelo uso (art. 698), têm de ser exercidas segundo a tStulo sentencia!, que neeessàriamente se refere à posse que se prolongou, pelo tempo de dez, quinze ou vinte anos, com os seus contornos qualitativos e quantitativos. No trato de tempo que vai dOMe fato à sentença, a posse gerou o direita de servidão, que há de ser exercido tal como foi iniciada e levada por diante, ou segundo o que permaneceu o mesmo durante o tempo para a aquisiÇÃO. Qualquer exercício que sej a menor não importa em não-uso; qualquer excesso é incursão ilícita na esfera jurídica do dono do prédio serviente. Idem, em caso de usucapião tabular de servidão não-aparente.

Na dúvida sobre a extensão ou o modo do exerci cio, tem-se de procurar conhecer quais as necessidades do prédio dominante e qual o ponto em que se começa a prejudicar o prédio serviente. Fixados, precisamente, extensão e modo, a regra jurídica interpretativa não incide (cf. L. 9, D., *de seruitutibus,* 8, 1). Determinada, por ato jurídico dos interessados, ou pela juiz, qual a extensão, ou determinado qual o modo, não pode haver modificação por ato unilateral. Não se atendem, sem acordo modificativo, ou decisfto de juiz, as novas necessidades, mas pode-se reduzir, por desapariÇÃO de necessidade, a extensão, ou o moda, se a necessidade diminui permanente-mente, conforme se resolvia no direita romano (L. 5, § 1, D., *de servitutibus praediorum rusticorum,* 8, 3). Não se trata de determinação de conteúdo, mas de exercício. Qualquer confusão a respeito perturba a teoria. Se foram determinados modo e extensão, diferentes de explícita determinação do *conteúdo* da servidão, quantitativa e qualitativamente, o exercício é suscetível de regulação pelo juiz, se novas circunstâncias o exigem, dentro, porém, dos limites do conteúdo. TOda determinação de extensão e modo de exercício há de ser entendida *reines aio*

atantibus, sem se poderem ultrapassar os limites do conteúdo. Na L. 1, § 16, IX, *de aqua eottidiana et «estiva,* 43, 20, informa ULPIANO: “Disse Labeio que todas as partes do fundo, a que se conduz a água, estio compreendidas no mesmo. Logo, se acaso o autor houver comprado campa limítrofe (confinem agrum emerit) e depois quiser, devido ao fundo comprado, conduzir a água desde o campo a que levou água êste ano, opinam que pode utilizar, com direito (reete), êste interdito, como concernente a servidões de passagem e de condução (de itinere actuque), para que, uma vez que no seu entrara, dele saia por onde queira, salvo se causa dano ao lugar de onde tira a água”. É o principio, em sua inteireza.

O agravamento da servidão , por se lhe exceder o conteúdo, é ilícito, ofende o prédio serviente; mas a extensão e o modo de exercício podem mudar, com as circunstâncias, respeitados os princípios. Não se agrava, com isso, o ônus real. Aliás, o ato constitutivo pode preestabelecer critérios para as eventuais mudanças.

5.POSSE E SUAS CONSEQÜÊNCIAS. Servidões não-aparentes não se adquirem pelo usa. Quanto às servidões aparentes, quem tem posse *maior* do que a derivada do titulo (excesso no exercício), ainda que satisfaça a art. 698, não adquire o *plus.* Salva se não era ao título que se ligava a posse; isto é, se houve *interversio possessionis* (Tomo X, § 1.065, 2). Se o título era duvidoso e não se podia saber se fora maior

ou menor do que devera *ter* sido o exercício da servidão, não é de excluir-se a aquisição pelo uso, porque o título não resolveria a questão e a. posse o interpretou. Mas, em verdade, essa aquisição apenas. reforçaria a interpretaÇÃO do título, como o possuidor que tem titulo insuficiente dele se vale para a usucapilo (arts. 618,.

parágrafo único, e 551).

A respeito das servidões não -aparentes, a registro delas se, acaso, não as constituiu, pode dar ensejo à usucapião tabular, isto é, a usucapião segundo o registro de imóveis, se posse houve durante o tempo necessário. Tais servidões não-aparentes se tornaram, com o registro, aparentes.

Se a servidão é não-aparente e o título deixa dúvidas quanto à extensão e à modalidade, a posse indica o que se entendeu por extensão e modalidade, respeitado o *principio do máximo e do minimo* (máximo de comodidade e mínimo de dedução). Se o título se referiu a circunstâncias anteriores, podem ser provadas, para se decidir quanto à extensão e modalidade.

§ 2.225. Limites ao conteúdo e ao exercício das servidões

1. DE SERVIDÕES E EXERCÍCIOS. As servidÕes mais freqüentes são as *in patiendo,* razão por que o serviente, de regra, nada tem a fazer; apenas tem de sofrer o uso pelo titular do direito. Isso é o que diz o Código Civil, no art. 702:

"O dono do prédio serviente não poderá embaraçar de modo algum o uso legitimo da servidão", O uso legítimo tem de ser dentro dos limites das necessidades (= utilidades) do prédio dominante (art. 704), do fim, que lhe foi estabelecido (art. 705), explícita ou implicitamente, e do ato constitutivo (art. 695). *À utilidade é* pressuposto necessário; por isso, limita o uso. Outro, o *fim.* Outro, o que se *acordo* no negócio jurídico, ou na lei. Não se pode estender *de re ad rem,* nem *de versona ad personam,* nem *de oasu ad Gastem:"*... servitus non extendatur ultra necessitatem rei: ... recte dicendum est quod dieta aggressio magis est ad aemulationem, quam ad utilitatem, quam lus non patitur. . ." (Mn‟wxa. ÂiLvÂlws PÉGAS, *Resotutionea Forenses,* V, 197; cf. Acórdão do Desembargo do Paço, de 14 de julho de 1670, às págs. 194-196).

Os que têm servidão para um prédio não podem ampliá-la a outro, ainda contíguo, ou intermédio, ou que se venha a juntar ao prédio

dominante (ANTÔNIO DE SOnSA DE MAcEm), *Decisiones,* 142 5.: "Servitus non debetur personse, sed praedio... Item in tantum debentur praedio dominanti, in quantum respiciunt utilitatem eiusdem predii, non ultra"). Não pode mudá-la para outro prédio; nem permutá-la. Todavia, conforme veremos, pode removê-la, desde que não se faça menos útil, ou onerosa, para o prédio dominante, nem acordo despesas ao dono desse, *e.* g., traçar nôvo caminho, ou construir nôvo aqueduto, se é mais cômodo ao dominante, ou indiferente, ou lançar ponte que não prejudique o prédio dominante. É o que, formulando velha doutrina, se lê no art. 703: "Pode o dono do prédio serviente remover de um local para outro a servidão, contanto que o faça à sua custa, e não diminua em nada as vantagens do prédio dominante". Se o dono do prédio dominante entende que é ofensivo ao seu direito o que se projeta, tem a ação possessória e a negatória. Por seu lado, tem o dono do prédio serviente a ação possessória e a confessória. Ambos, a declaratória , negativa ali, positiva aqui.

2.MUDANÇA DE EXERCÍCIO DA SERvIDÃO . Diz o art. 704, parágrafo único: "Constituída para certo fim, a servidão não se pode ampliar a outro, salvo o disposto no artigo seguinte". E o art. 705: "Nas servidões de trânsito, a maior inclui a de menor ônus, e a menor exclui a mais onerosa". Tanto aquela quanto essa regra jurídica são direito dispositivo.

O direito derivado do art. 708 é irrenunciável; a regra jurídica, que nêle se contém, é cogente (existe, ainda que o título o tenha excluído, ou restringido, O. STRECKER, em G. PLANCK, *Kommentar,* IN, 584; TH. KwP, em B. WINDSCHEID, *Lehrbuch,* 1, 95 ed., 1.078 s.). No direito brasileiro, há direito subjetivo real à mudança, e não só pretensão; o dono do prédio serviente pode, por si só, remover a servidão; não tem apenas a pretensão a exigir, nem, tio-só, a ação: pode pedir que se sofra o exercício do direito, pode propor a ação e pode desde logo exercer o direito. No direito alemão, a técnica foi menos feliz (§ 1.023, l~ parte, *verbo* "verlangen", exigir) ; donde as discrepâncias da doutrina: pretensão à conclusão de contrato sobre a mudança (W. KíscH, *Reitrdge na Urteilslehre,* 129 a.; O. PLANCK, *Kommentar,* IN, 4,5 ed., 588; O. WARNEYER, Kommentar, II, 242); direito contido no direito de propriedade do prédio ser-dente a remover a servidão, mediante ato próprio (ato-fato jurídico, ato real) de transformação fáctica do prédio (MARTIN WLOFF, *Lehrbuch,* IN, 875). No direito brasileiro, não há discutir-se: trata-se de exercício de direito contido no direito de propriedade do prédio serviente. Por êle, ato-fato jurídico, o dono do prédio serviente muda, fàcticamente, a aparência do prédio, que lhe pertence, e. g., abre nôvo caminho e

fecha o velho, constrói ponte e demole outra, fecha parte do campo e oferece à pastagem outra, com os mesmos cômodos. Não se precisa de nova inscrição no registro de imóveis, mas o escrito de acordo é averbavel .

Em vez de exercer, desde logo, o direito que tem, contido no seu direito de propriedade do prédio serviente, pode o dono desse exercer a pretensão à mudança, porque o direito, de que se trata, é munido dela. Exigindo-o, ou o proprietário do prédio dominante acordo com ele, ou discorda. A discordância dá ensejo à ação, que JosEr KOHLER (Beitrãge zum Servitutenrecht, *Ãrchiv /1W die civilistieche Praxis,* 87, 288 s.), C. PREDÁRI *(Die Grundbuchordnung,* 23 ed., 132), li. WILLENBÚCHEE *(Das Liegensehaftsrecht,* 91), H. SIBER *(Das Buchrechtsgeschiift,* 36) e outros têm como ação de prestação de declaração de vontade (Ordenação Processual Civil alemã, § 894; Código de Processo Civil brasileiro, art. 1.006), cuja sentença tem eficácia real com o registro, e outros têm como ação constitutiva F. ENDEMANN, *Lehrbuch,* II, *1,* 83-9.‟ ed., 640), ou como ação de prestação de declaração de vontade, sem que se precise de registro da sentença. Para os que assim pensam, a mudança segundo o art. 703 (Código Civil alemão, § 1.023) não importa em mudança do conteúdo da servidão, e sim em mudança de local em que a servidão se exerce (cf. W. TURNAU-K. FÓRSTER, *Das Liegensehoftsrecht,* 1, 33 ed., 570; H. DERNBUEO, *Das Biirgerli.che Recht,* ifi, 33 ed., 563). Em verdade, a sentença é executiva, com forte dose de declarativídade; não é possível reduzi-la a ação de condenação. Nem se há de pensar em que a pretensão seja de declarar vontade: a pretensão é a que o dono do prédio dominante sofra o ato real, o ato-fato jurídico de exercício, que, ai, em vez de ser praticado pelo dono do prédio serviente, o é pelo Estado. A ação é executiva, como a do art. 1.006 do Código de Processo Civil; porém de modo nenhum é executiva-condenatória: a carga preponderante é executiva, mas, em vez de o Estado ficar em lugar do devedor e obrigado, fica no lugar do autor. Ésse ponto escapou aos doutrinadores alemães. Quanto ao problema do registro, o terceiro adquirente encontra determinação do exercício, que não contradiz o registro, porque o registro contém a servidão apontada + o art. 703, que é regra jurídica cogente: o que é regra jurídica cogente não precisa ser inserto na inscrição das servidões. Não é, portanto, necessário o registro; pode ser feito, se o dono do prédio serviente ou o dono do prédio dominante acha que tal clareza é útil. Feito, não se trata de retificação, segundo os arts. 227 e 228 do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939; e sim de explicitação ou atualização, segundo os arts. 285 e 286 do Decreto n. 4.857, *por averbação.* Se, em vez do ato-fato jurídico, praticado pelo dono do prédio serviente, ou

pelo Estado, há negócio jurídico entre os donos dos prédios, tal negócio tem menos segurança que a sentença e pode, inclusive, ser atacado por fraude contra credores (arte. 106-118). Dai a relevância do registro. Aliás, ainda a propósito da mudança operada em virtude de sentença, pode a nova situação vir a ser mudada (J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 885), porque o que se declarou foi o direito a mudar, que se não exauriu.

8.MUDANÇA DE SERVIDÃO. O art. „708 não só se refere a parte, ou local, da mesma coisa. Pode-se trasladar a outro prédio a servidão; a transíação importa extinção da servidão registada *mais* inscrição de outra, porém o art. 708 falou de mudança para outro lugar, sem se referir ao mesmo prédio. Cedo, houve quem lesse a regra jurídica do direito à mudança como se abrangesse a mudança do prédio (J. KOHLER, Beitrãge zum Servitutenrecht, *Árchiv flir die civiUstische Praxis,* 87, 235; MARTIN WOLEF, *Lehrbuch,* IN, 375, que não se contradiz, ao dizer que, se uma servidão se extingue e outra surge, não se trata de espécie que caiba no art. 703

do Código Civil brasileiro, ou § 1.023 do Código Civil alemão). Alguns acham que tal extrapolação da regra jurídica do art. 703 é de repelir-se

(G.PLANCK, *Kommentar, [fl, 43* ed., 584; J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 335; li. DERNBuRG, *Das Biirgerliche Recht,* IN, 563; XC. MAENNER, *Sachenreeht,* 282; O. WARNEYER, *Koramentar,* 242).

Outrossim, se a servidão é somente sobre uma parte *real* (determinação de conteúdo, ou exclusão das outras partes), pode ser invocado o art. 703 (sem razão, O. WARNEYER, *Kommertt ar,* II, 241).

Se a servidão não é útil se não exercida sobre todo o prédio, então de mudança não se pode cogitar, porque não é mudança excluir-se o todo e só se admitir parte. Tão-pouco, se a mudança do exercício importaria em mudança do conteúdo (= se a determinação do lugar exaure o conteúdo da servidão, cf. O. WARNEYER, *Komment ar,* II, 241). Se o motivo para a mudança foi anterior, ou posterior, à fixação inicial, não importa.

Basta qualquer interesse, ainda não patrimonial, do dono do prédio serviente (J. BIERMANN, *SlLcheflretht,* 335; G. PLANCK, *Komment ar,* IN, 583). O dono do prédio serviente tem o ônus de provar os pressupostos do art. 703, isto é, que à servidão é útil a mudança de local e que não diminui as vantagens do prédio dominante.

Se houve aumento do prédio serviente pela aquisição de outro terreno, que se uniu ao que constava do registro, pode-se deslocar para a parte adquirida a servidão, invocando-se o art. 703 (E. KRErZSCHMAR, *Das Sachenrecht,* 829). Bem assim para parte que vai ser separada do prédio serviente (sem razão, J. BIERMANN, *Sachenrecht,* 336).

Assim no direito brasileiro como no direito alemão, não se disse que a servidão só se poderia mudar, por fato do dono do prédio serviente, para o *mesmo* prédio. No Código Civil alemão, § 1.023, cogitou-se de mudança para outro lugar igualmente adequado (ebenso geeignete Stelle), cômodo, apto. No Código Civil brasileiro, o art. 703 diz apenas que o dono do prédio serviente a pode mudar de um local para outro. O princípio da inseparabilidade da servidão, se existisse explícito, sofreria, aí, exceção. Porém não está em qualquer regra jurídica, escrita, do Código Civil. O direito muda com as mentalidades e concepções da vida.

Se o dono do prédio serviente une a êsse outro prédio ou parte de outro prédio, o art. 703 incide, porque à servidão é entre dois prédios, um dos quais serve ao outro, mas não é exigido que o prédio serviente não diminua nem cresça.

Concernindo, *in casu,* ao suporte factico , a mudança é executiva, com eficácia constitutiva negativa (da servidão sobre o prédio a) e constitutiva positiva da servidão sobre o prédio .

4.AÇÃO E NEGOCIO .FACTICO. O art. 708 diz que a mudança pode ser feita pelo dono do prédio serviente,

“contanto que o faça à sua custa”. As despesas correm por conta do dono do prédio serviente, inclusive as do negócio jurídico bilateral, se ocorreu fazer-se (O. PLANCI(, *Kommentar,* „L~ ed., 585), respondendo pessoalmente por elas (O. PLANCK, *Kommentar,* 43 ed., 584). O art. 703 é regra jurídica cogente; todavia, no que o art. 703 concerne às despesas, a despeito do “contanto que”, é dispositiva: os donos dos prédios podem, no ato de constituição da servidão, ou após, ou no negócio bilateral sobre a mudança, estabelecer o que entenderem (O. WÀltNnn, *Kommentor,* II, 242).

A questão de prescrever, ou não, o direito do dono do prédio serviente quanto à mudança de local é falsa questão. Resulta de doutrinas falhas em conhecimentos de técnica jurídica, ainda insuficientemente informadas sobre a diferença entre direitos formativos e pretensões. Direitos não prescrevem; prescrevem pretensões e ações. Dizer que o

direito de mudar o local da servidão não prescreve é sem sentido, como dizer que o dó ou o ré não desbota, ou o azul ou o vermelho não corta. São lamentáveis tais proposições *(e.* g., E.

PÂCIFICIMÂzzoNI, Trattato deile Servitú prediali, *Codice Civile italiano,* 246; N. GERMANO, *Trattato deile Servitú,* II, 490; L. BARASSI, *1 Dirilti reali limitati,* 344; O. BRANCA, Deile Servitú prediali, *Commentario dei Codice Civile,* IN, 557).

A ação é imprescritível (3. BIERMANN, *Sachenrecht,* 335). O fundamento dela é o bem público, como o é o do direito à mudança. Há direito formativo modificativo, inserto no direito de propriedade do prédio serviente.

O dono do prédio dominante tem direito à mudança. E tem ação contra o exercício *irregular* do direito (art.

160, 1, 23 parte), com as despesas e custas.

§ 2.226. Regras jurídicas sobre deslocação

1. Em principio, o dono do prédio serviente a *fortiori,* o possuidor não pode alterar a servidão, atendendo a interesses seus. Nem, sequer, deslocá-la, salvo se o faz à sua custa, sem diminuir, de qualquer modo, as vantagens do prédio dominante.

A servidão pode ser: a) sobre todo o prédio, sem se precisar onde, por certo tempo, ou até quando se der algum fato, se há de exercer; *b)* sobre todo o prédio, precisando-se onde, por certo tempo, ou até quando se der algum fato, se há de exercer; *e)* sobre parte do prédio, coincidindo o exercício e o ônus; *d)* sobre parte do prédio, precisando-se onde se exerce dentro dessa parte, enquanto não se atinge algum termo certo ou incerto.

Os problemas técnicos que se apresentam aos legisladores são o da deslocabilidade para outra parte do *mesmo* prédio e o da deslocabilidade para *outro* prédio. As espécies *b)* e *d)* distribuem temporalmente o .exercício, espacialmente considerado, da servidão, porém essa deslocação negocial, bilateral, nada tem com o problema técnico da deslocação espacial por ato jurídico stricto *seneu,* unilateral, do dono do prédio serviente. O Código Civil, seguindo a tradição, permite (art. 703), que, se não há inconveniência para o dono do prédio dominante, o dono do prédio serviente, à sua custa, desloque da parte em que estava o ônus ou o exercício, inclusive, conforme

dissemos, para *outro* prédio.

2. CÓDIGO CIVIL, Ar. 703. Diz o art. 703: "Pode o dono do prédio serviente remover de um local para outro a servidão, contando que o faça à sua custa, e não diminua em nada as vantagens do prédio dominante". O

fundamento da norma, que é exceção à vedação de mudança, é a eqUidade: se há lugar onde se fixe a servidão, ou o seu exercício, e com isso não sofre prejuízo o prédio dominante, nem ao dono dele custa qualquer ato da mudança, reconhece-se ao dono do prédio serviente o direito formativo modificativo, que em verdade se lhe atribui no art. 703. Não se pode pensar em explicar o fundamento a) pela necessidade da produção (o motivo para exercer tal direito pode ser de outra natureza, inclusive estético, moral, de amizade ou de inimizade, e dele se abstrai no art. 703). Daí ter-se de afastar o que a respeito escreveu G. BRANCA (DelIe Servitil prediali, *Commentario dei Códice Civile,* IN, 556). Nem pela teoria dos atos emulativos, porque não se cogita, no art.

703, de qualquer verificação de *animus* do dono do prédio serviente (sem razão, A. CICU, *Servitú prediali,* 280). Nem por ter de se exercer *civiliter modo* a servidão (L. COVIELLO, *Le ServiU"t predinli,* 339). Nem pela teoria da pressuposição ou da cláusula *reina sk stantibus* (E. PACIFICI-MAZZONI, Trattato deile Servitú prediali, *Codice Civile italiano,* 241 s.).

No direito brasileiro, não tem o dono do prédio serviente de justificar por que prefere o nôvo lugar de Onus ou de exercicio. Nem, tão-pouco, mostrar que as circunstâncias mudaram.

A ação, que o dono do prédio serviente, queira propor é executiva, com a eficácia constitutiva que lhe advém de ser inserta na ação a manifestação de vontade de exercer o direito formativo modificativo. Declara-se que há, na espécie, tal direito e estarem satisfeitos os requisitos de nenhuma diminuição nas vantagens do prédio dominante e de terem sido por conta do dono do prédio serviente todas as despesas, ou de ficarem satisfeitos se seguido à risca o projeto. A eficácia é, ali, desde que se fêz a mudança; aqui, desde que se satisfaçam todos os requisitos.

A classificação da ação como declaratória confundi-la-ia com a ação (declaratória) de quem já houvesse exercido o direito formativo modificativo, feito as obras e mudado a servidão. Naquela, o elemento constitutivo ainda não se operou: o autor, podendo, por si, mudar a

servidão, satisfeitos os requisitos necessários, não no fêz e preferiu fazer em ação a declaração de vontade, requerendo perícia das obras e verificação dos requisitos, talvez ainda por serem satisfeitos. A confusão aparece em G. BRANCA (DeIle Servitú prediali, *Commentario dei Codice Civil,* IN, 557 s. e 564), que não distingue as duas ações.

Se a mudança da servidão interessa ao bem público (necessidade pública, utilidade pública, interesse social), sem que seja o Estado o titular da servidão ou o dono do prédio serviente, a espécie é de mudança por desapropriação, e não de mudança com base no art. 703 ou outra regra jurídica semelhante *(43* Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de outubro de 1932, *R. dos T.,* 85, 285). A respeito cumpre ter-se todo cuidado com as confusões da jurisprudência, devido ao erro das chamadas "servidões públicas", que raramente são servidões e não se regem pelo art. 703 *(e. g.,* 2.a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de são Paulo, 26 de março de 1931, *R. dos* 2"., 78, 101).

Alguns julgados são explícitos em exigirem a *ação de modificação do exercício* (ação de mudança), se não há acôrdo (13 Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de setembro de 1943, 2?. *dos T.,* 146, 216; 23

Câmara Civil, 17 de fevereiro de 1933, 85, 385: „a... devendo, porém, essa mudança ser requerida, e não feita a arbítrio da parte"; 13 Câmara Civil, 2 de setembro de 1947, 170, 688: ..... não podia ser feita discricionariamente como o foi, satisfazendo unicamente ao interesse dos autores. Imponha-se prévio acordo entre êstes e o réu e não conseguido isso, aos tribunais caberia a decisão final. Em juízo, deveria ficar provado que a remoção pretendida em nada prejudicaria o dono dos prédios dominantes, nem o exercício da servidão").

Não é demasiada insistência encarecer-se a distinção entre mudança de conteúdo da servidão e mudança do exercício.

Outrossim, a classificação básica foi assunto de estudo inicial (especialmente nos §§ 2.140 e 2.142) entre *direitos limitativos, direitos formativos geradores* (limitativos) de direitos reais limitados e *servidões* (direitos formados, ou em virtude de negócio jurídico, ou de sucessão a causa de morte ou de exercício de direito formativo gerador).

3. MUDANÇA PARA OUTRO PRÉDIo. O art. 703 permite mudar de um lugar para outro. Não se disse se do mesmo prédio ou de outro, que possa servir. Mas havemos de entender, repitamo-lo, que até aí vai o

direito formativo modificativo, que se regula no art. 703. O que importa é que se satisfaçam os pressupostos de não diminuição das vantagens do prédio dominante e de correrem por conta do exercente do direito todas as despesas. O prédio para o qual se muda a servidão pode ser do mesmo dono do prédio serviente, ou de outro que há de consentir. O Código Civil italiano, art. 1.068, alínea 43, resolveu nesse sentido, e a doutrina italiana já chegava à mesma conclusão

(E.PACIFIcI-MÀzzoNí, Trattato delle Servitú prediali, *Codice Civile italiano,* 244; PAOLO EMILIO BENSA, *Deite Serviti2 predioli,* 378; sem razão, L. COVIELLo, *Le Servitiz prediali,* 340).

Há modificação da servidão sempre que o exercício do direito formativo modificativo atinge o Onus , pela mudança do lugar, ou quando apenas muda o lugar do exercício da servidão. Por isso mesmo, tem de ser averbada a mudança, na última espécie, se antes o fora a determinação do lugar do exercício, ou inscrita nova servidão, após cancelamento da primeira ou simultaneamente .

4.DIREITO FORMATIVO MODIFICATIVO DO DONO DO PRÉDIO DOMINANTE. Também o dono do prédio dominante tem direito formativo à mudança da servidão, quanto à extensão. Convêm, todavia, versar-se a questão da mudança de lugar, à semelhança daquele que tem o dono do prédio serviente (art. 703).

1) A segunda depende de se saber se o art. 706 apenas revela uma das espécies de direito formativo modificativo que tem o dono do prédio dominante.

Há três soluções técnicas à segunda questão, *de iure contendo:* a) negar-se qualquer direito formativo modificativo ao dono do prédio dominante, porque o direito de servidão recai e se exerce em prédio diferente, provavelmente de outrem, de modo que, ainda se não há desvantagem para o prédio serviente, a modificação a líbito do dono do prédio dominante seria incursão injustificada na esfera jurídica alheia; b) atribuir-se ao dono do prédio dominante o mesmo direito formativo modificativo que tem o dono do prédio serviente (= ler-se o art. 703 como invocável, simetricamente , a propósito do dono do prédio dominante) ; *c)* atribuir-se ao dono do prédio dominante *pretensão à mudança.*

A primeira solução desatenderia a que pode haver grande conveniência, para o dono do prédio dominante, em mudar o local da servidão, sem que seja inconveniente para o prédio serviente e talvez

mesmo lhe seja proveitoso. A segunda não levaria em conta o argumento que serve à primeira contra a atribuição do direito formativo modificativo a favor do dono do prédio dominante. Seria antítese pura. A terceira tem por si: que o sistema jurídico estabeleceu direitos formativos geradores e pretensões constitutivas em situações similares, com direitos de vizinhança, a favor de donos de prédios vizinhos, como o direito à passagem forçada (art. 559) e a passagem de águas (art. 567) ; que o fato de se não poder tratar igualmente o dono do prédio dominante e o dono do prédio serviente, no tocante à mudança de lugar da servidão, não pesa assaz para se lhe negar qualquer direito dessa natureza; que a solução mais equidosa é a que submete a prévia apreciação judicial o caso, para que se verifique poder haver, ou não, prejuízo ao prédio serviente; que se poderia atender, à semelhança do que se passa no que concerne o art. 559, à necessidade da mudança, e não só à conveniência, porém seria simetrizar-se à situação de quem não tem servidão a de quem a tem.

A melhor solução é a terceira e não.se choca com os princípios gerais de direito. O dono do prédio dominante não pode mudar, *sponte sua,* o lugar da servidão, porque se trataria de incursão ilícita em esfera jurídica de outrem; mas pode pedir ao juiz que constitua a transferência, depois de examinar se há conveniência para o prédio dominante e se não há inconveniência para o prédio serviente. Conveniência para o prédio serviente ou sua exploração planejada ou planejável . Na jurisprudência italiana, há decisões que destoam de todo o sistema do direito anterior e do Código Civil italiano quanto ao direito formativo modificativo do dono do prédio dominante: atribui-se à sentença eficácia *ex tune,* como se *actu proprio* pudesse o dono do prédio dominante levar a cabo a transferência de lugar (Cassação italiana, 10 de dezembro de 1935 e 4 de julho de 1941) e a decisão fosse declarativa.

II) Quanto à primeira questão, que propusemos, diz o Código Civil, art. 706: “Se as necessidades da cultura do prédio dominante impuserem à servidão maior largueza, o dono do serviente é obrigado a sofrê-la; mas tem direito a ser indenizado pelo excesso”. Acrescenta o parágrafo único do art. 706:

“Se, porém, êsse acréscimo do encargo for devido a mudança na maneira de exercer a servidão, como no caso de se pretender edificar em terreno até então destinado a cultura, poderá impedi-lo o dono do prédio serviente”.

Necessidades de cultura, diz o art. 706; e não necessidades de aproveitamento do prédio dominante. Por outro lado, somente se

cogitou da largueza, ou, melhor, extensão da servidão, porque nem toda servidão é come as servidões de caminho, em que mais importe a largura. Largueza está, aí, por extensão.

Pergunta-se:~ O dono do prédio dominante pode, por exemplo, alargar a estrada ou a plantação sem intervenção da justiça, equiparado, então, mas somente para se atender ao art. 706, ao dono do prédio serviente, nas situações reguladas pelo art. 703? ~Ou tem êle, como nos casos gerais, de pedir ao juiz a constituição do alargamento? O tratamento igual seria contra os princípios: o dono do prédio serviente, mudando o lugar da servidão, à sua custa, se não diminui as vantagens do prédio dominante, está a utilizar o que é seu (o resto do prédio serviente), ao passo que, alargando, por necessidades de cultura, a servidão, o dono do prédio dominante *penetra* em terreno de propriedade e posse alheias. Tem êle pretensão ao alargamento, exercivel judicialmente, nascende ao dono do prédio serviente direito e pretensão a ser indenizado pelo excesso. A lei não disse prévia a indenização. Trata-se de modificar a extensão do direito e a sentença constitutiva tem de fixar a indenização e determinar como se hão de fazer as obras, se necessárias forem.

O parágrafo único do art. 706 prevê o caso do acréscimo de encargo que importe em *mudança* de servidão. A redação não foi boa: no comêço do art. 706, fala-se de acréscimo de encargo, devido a mudança na maneira de exercer a servidão,

O que pareceria sugerir que se referiu ao acréscimo que apenas alargasse o exercício, ou o modo de exercer; mas em seguida se deu como exemplo o de se mudar em servidão de edificação a servidão de cultura. Então, concluiu, pode impedi-lo o dono do prédio serviente. Havemos de ler o art. 706, parágrafo único, como se estivesse escrito: Se, porém, a mudança importa em diferente servidão, como no caso de se pretender edificar em terreno até então destinado a cultura, pode impedi-lo o dono do prédio serviente.

5.MUDANÇA DO MODO E DO TEMPO DO EXERCÍCIO.

O art. 703 somente se referiu à mudança de local e a interpretação do sistema jurídico que demos quanto ao dono do prédio dominante, que deseje mudar o local da servidão, apenas cogitou dessa transferência de lugar. A questão que se levanta é a de se saber se o art. 703 revela regra jurídica mais extensa, que abranja mudanças de modo e de tempo (= se cabe a interpretação analógica). A resposta que se há de dar é afirmativa e a doutrina italiana até ai chegou, desde muito

(PAOLO EMILIO BENSA, *Dele Serviti~ prediali,* 378, que é obra de 1899; E. PACIncí-MAzzONI, Trattato deile Servità prediali, *Codice Civile italiano eommentato,* 246; A. BUTERA, DeIle Servitú stabilite per fatto dell‟uomo, *Ii Diritto civile italiano,* 659 s.; L. COVIELLO, *Le Servitú prediali,* 339; A. BRANCA, DeIle Servità prediali, *Commentario,* IN, 564 s.) :Quanto ao modo, nada obsta a que se substitua, por exemplo, o cano ao rêgo ou vala, ou a bomba a motor elétrico à bomba manual. Quanto ao tempo, se a servidão exercida durante o dia melhor vantagem dá durante a noite, sem prejuízo para o prédio dominante, nem despesas a mais, nada obsta a que o dono do prédio serviente mude as horas de exercício.

Aliás, aí, ainda que não existisse o direito formativo modificativo do dono do prédio serviente, existiria a *ação de regulação do exercício ,* em caso de surgir divergência entre os interessados.

Quanto ao dono do prédio dominante, tem êle pretensão a que o juiz, satisfeitos os pressupostos, regule diferentemente o modo ou o exercício, sem se poder pensar em mudança *actu proprio,* antes da sentença trAnsita em julgado. Certo, a atribuir ao dono do prédio dominante o direito à mudança, por sentença constitutiva, G. BRANCA (Delie Servitú prediali, *Commentario,* IN, 565).

6. DESPESAS COM A MUDANÇA. As despesas e custas, quaisquer, oriundas da mudança proprio *actu,* ou por sentença, são, sempre, a cargo de quem a quis. Não assim as de reconvenção.

§ 2.227. Exercido da servidão e atos necessários

1.ATOS QUE POSSIBILITEM O EXERCÍCIO DA SERIDÃO. Os atos para que possa ser iniciado ou completar-se o exercício da servidão incumbem a quem é titular da servidão e são a seu líbito. Tem êle o poder de os praticar, como conteúdo mesmo do seu direito. Não há dever de os praticar. Quanto ao poder, não importa qual a natureza do ato, que só tem os limites do conteúdo da servidão e da regularidade do exercício. O *pati* e o

~ton facere, por parte do dono do prédio serviente, é que dão o espaço para esses atos. No Código Civil, diz o art. 699:

“O dono de uma servidão tem direito a fazer todas as obras necessárias à sua conservação e uso. Se a servidão pertencer a mais de

um prédio, serão as despesas rateadas entre os respectivos donos Se os atos prévios são necessários ao exercício, o titular da servidão, que a quer exercer, é que tem de os praticar, tempestivamente.

Lê-se no art. 700: "As obras a que se refere o artigo antecedente devem ser feitas pelo dono do prédio dominante, se o contrário não dispuser o titulo expressamente". Portanto, pode o ato constitutivo estabelecer o dever do dono do prédio serviente quanto a alguns atos que se hajam de ter por indispensáveis ao exercício do direito de servidão. ~ Abre-se exceção, com isso, ao principio *Servitus in faciendo consistere nequit?* Da modo nenhum. A servidão é de *peti* ou de *non facre.* O dever que negocialmente se criou é dever real, acessório ao dever real de *lati* ou de *non facere,* ainda quando se chegue até àobrigação de pagar impostos e taxas ou contribuição (no direito romano, de pagar *tributum, stipendium* ou *vectigal).* O dever acessório é real, como o dever real de *paU* ou de *non facere.*

Convém examinarmos as duas espécies: *a)* a da incumbência de fazer obras ou de praticar quaisquer atos necessários ao exercício da servidão, por parte do titular do direito de servidão; *b)* a do dever de fazer obras ou praticar quaisquer atos necessários ao exercício da servidão, por parte do proprietário do prédio serviente.

a) Quando o Código Civil, no art. 700, diz que as obras "devem" ser feitas pelo dono do prédio dominante se o contrário não foi disposto, expressamente, não lhe impôs *dever,* a despeito da expressão "devem". Quem deixa de praticar atos necessários ao exercício de um direito priva-se a si mesmo desse exercício, totalmente ou em parte. Porém não tem dever de os praticar como não lhe toca dever de exercer. As circunstâncias podem, quando muito, perfazer o exercício irregular do direito, lesivo ao prédio serviente.

É preciso que se não confundam as obrigações reais, inclusas na servidão, ou acessórias à servidão, e as servidões acessórias de servidão. Aqui, o direito real de servidão é acessório de outro direito real de servidão, com os corolários de serem acessórios de outro dever, de outra pretensão, de outra obrigação e de outra ação o dever, a pretensão, a obrigação e a ação oriundos da servidão acessória. Na espécie do art. 701, □

2 a parte, não

há, de modo nenhum, acessoriedade de servidão:

acessório é o dever de *facere,* acessória é a obrigação de *facere.* O

direito de entrada *in alienum* para esvaziamento de caixa de esgôto, por exemplo na servidão de cloaca, não é servidão acessória, é atividade inclusa na servidão, isto é, a atividade para essa compreende aquela, tal como a servidão de trânsito que se diga de passagem de carros ou a cavalo compreende a de caminho (cf. arte. 705, 700 e 701, 13 parte).

b) Se o dono do prédio serviente assumiu o dever e obrigação de fazer obras ou praticar atos necessários ao exercício da servidão por parte do titular desse direito real, tem êle o dever *real* e a obrigação *real* de tolerar ou de não fazer, a que se juntam, acessóriamente, o dever *real* e a obrigação *real* de fazer as obras ou praticar os atos. Não se trata de servidão de ~*ton facere,* porque tal *facere* apenas torna possível o exercício do direito principal, que é o direito a que o dono do prédio serviente tolere ou não faça. Não há duas servidões; há uma só. A opinião de FÀnDA e BENSA, em nota a B. WINDSCHEID (trart. it., IV, „75 s.), é de repelir-se.

Obrigações de tal espécie são exceção, que depende de lei especial, e o art. 700, 23 parte, concebeu como tal a do dono do prédio serviente e exatamente porque já estava êle, como sujeito passivo, em relação jurídica *real.*

O papel do dever e da obrigação, que resultam, é puramente instrumental. Falta-lhe qualquer independência. O

Servitus in faciendo considere nequit continua, aí, intacto, como se manteria se o dono do prédio serviente ~e incumbisse, no ato constitutivo, de pagar os impostos e taxas correspondentes à servidão.

Em tudo isso convém ter-se em vista que o conteúdo do direito de propriedade, a que algo se pudesse tirar para se dar conteúdo ao direito real limitado, não abrange *facere.* Fazer seria ato de alguém; na espécie, do dono do prédio serviente, porém não como dono: como pessoa que coincide ser o dono. Se o *facere* é necessário ao exercício da servidão (não à constituição da servidão), a lei excepcionalmente permite que se ligue ao dever e à obrigação de *pati* e de *non facere.* O *facere* não restringe o domínio, implica atividade de alguém, que é o dono do prédio serviente; como êsse dono já está como devedor e obrigado em relação jurídica real, o sistema jurídico, sem ofender aos princípios, deixa aos contraentes a possibilidade de dispositividade de que fala o art.

700 *(verUs* "se o contrário não dispuser"), como dever *real* acessorio. A servidão passa a ter, com todas as conseqüências em relação a

terceiros, conteúdo duplo, de *pati* e de *non facere,* mais de *facere,* como conteúdo de dever e obrigação acessórios. A relação jurídica real atrai a relação jurídica de ordem pessoal, impondo-lhe o caráter real. Se não houvesse a servidão, que é direito real, ou se os atos não fossem de conservação e uso da servidão, o dever e a obrigação que se contraíssem de obras, ou de prestação anual de frutos, ou de limpeza de canal, ou outra qualquer, permaneceria no campo do direito das obrigações, sem que assumissem tal dever e obrigação os sucessivos proprietários do prédio. O fato da atração pela relação jurídica real observa-se nos institutos do direito das coisas: o enfiteuta, por lei, t~m o dever e a obrigação de pagar tributos (art. 682) ; por lei, o usufrutuário tem de acordo com as despesas ordinárias de conservação dos bens no estado em que os recebeu e com os foros, as pensões e os impostos reais devidos pela posse e rendimento da coisa usufruída (art.

738) ; por lei, o condômino tem de participar das despesas de conservação e divisão da coisa e suportar, na proporção da sua parte, os ônus reais (art. 624).

2. "FACERE" NO PRETÉRITO. Há situações em que a servidão, por seu conteúdo mesmo, supõe feitura anterior *(facere* no pretérito), como se dá com a servidão *tigni immittendi,* que depende de existir parede, com a servidão de água que vem de canais ou canos, com a servidão de luz em plano inferior ou de vista para o alto, quanto ao dever e a obrigação de limpar de árvores, ou de terra, ou de outro qualquer material obstativo, as aberturas no plano superior.

O dono do prédio serviente que limpa de sapos ou certos peixes o lago, para que não comam o que nêle se produz, não cumpre dever de *facere,* mas de *nou facere,* que é o não mudar estado inicial do lago. Tal como acontece com o dever e a obrigação de cortar os ramos das árvores sempre que comecem a impedir o exercício do direito de servidão de luz ou de vista. A servidão de não deixar água ou alguma substância nociva no fundo dominante também implica dever e obrigação de manter as obras que foram feitas para isso (já se supõe a feitura anterior, já está o *facere,* portanto, incluso no conteúdo, por ser no pretérito), ou que tenham de ser feitas (dever e obrigação reais, acessórios do dever e da obrigação de servidão). Quem é dono de prédio em que se há de atender a servidão de caminho tem de fazer as obras que conservem o *status qua.* Se tais obras não conservam apenas e são necessárias ao exercício da servidão, no que elas não conservam apenas incumbem ao titular do direito de servidão, salvo disposição em contrário (art. 700). As obras podem ter sido feitas antes da

constituição da servidão ou ser obras que incumbem ao dono do prédio dominante, como a cêrca que permite a passagem do gado em terrenos cultivados e o calçamento da estrada que só serve à passagem de automóveis que vêm e vão ao terreno dominante.

Se há duas ou mais servidões cujo exercício exige a mesma obra, ou os mesmos atos, a relação entre os titulares delas é a de comunhão e incidem, por analogia, as regras jurídicas sobre condomínio. Se a mesma atividade de servidão recai em dois ou mais prédios, há tantos direitos de servidão quantos os prédios e o art. 700, □

1 a parte,

ou o art. 700, 2.~, incide, para cada titular do direito de propriedade dos prédios servientes.

As obrigações reais a que alude o art. 700, 2ª parte, hão de constar do título constitutivo e do registro. Se os proprietários dos prédios dominante e serviente acordo, depois de constituída a servidão, em que as obras sejam feitas ou os atos sejam praticados pelo dono do prédio serviente, ou pelo dono do prédio dominante, tem de ser *averbado* o acordo à margem da inscrição (cp. Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, art. 288, *verbis*

"Em todos os livros de registro haverá a coluna das averbações. . .*),* sem se precisar de nova inscrição. Todavia, se o dever e a obrigação de *facere,* por parte do dono do prédio serviente, resultam da natureza da servidão, por se supor, por exemplo, obra feita, qualquer alteração muda a servidão e tem de ser cancelada a inscrição e feita outra inscrição: aí, não há acessoriedade do *facere.* Quando o dever e obrigação provém de lei, não se precisa de menção, nem, a *fortiori,* de registro, mas de inscrição ou de averbação precisa toda cláusula ou pacto que implique negocialidade.

8.LIBERAÇÃO PERDENTE DO PRÉDIO SERVIENTE. Lê-se no art. 701: "Quando a obrigação incumbir ao dono do prédio serviente, êste poderá exonerar-se, abandonando a propriedade ao dono do dominante". Ao prédio serviente incumbe, na espécie, a feitura das obras ou a prática dos atos de que antes se tratou. Entende o dono, porém, que mais vale liberar-se do dever e da obrigação acessórios do que cumpri-los. Permite-lhe a lei que renuncie à propriedade, indo o prédio serviente ao dono do prédio dominante. Se se tratasse da renúncia a que se referem o art. 589, II, e o § 12, o prédio ficaria *nuilius* e a servidão continuaria, mas faltaria quem cumprisse o dever e

a obrigação de *facere,* acessórios da servidão. De modo tal seria perturbadora das relações jurídicas a solução, que o legislador na esteira de longa tradição permitiu que se liberasse o dono do prédio serviente, perdendo-o. Tal eficácia liberatória é efeito real da relação jurídica. Se não existisse a regra jurídica do art. 701, o dono do prédio ficaria responsável pelas obras a serem feitas ou atos que tivesse de praticar ainda que o valor delas, ou deles,ultrapassasse o do prédio serviente. (Diante do art. 701, a hipoteca do prédio serviente para garantia do direito e da pretensão acessórios seria superfectação; cf. ANTONIO Cícu, *Servitft prediali,* 92.)

Na renúncia à propriedade de que fala o art. 701, não há dação *in solutum;* há renúncia, *mais* unilateral liberação. A figura complica-se mais do que se se tratasse de enfiteuta que procede segundo o art. 687, 2Y parte *(verbis* "abandoná-lo ao senhorio direto"). Qualquer renúncia do domínio por parte do dono do prédio serviente que não seja na espécie do art. 701 torna *nuilius* o prédio, conservando-se a servidão como se nada houvesse acordo.

j,Quid juris, se o prédio serviente se torna *nuilius* e há de incidir a regra jurídica que faz responsável o dono do prédio serviente pela conservação da feitura anterior *(e. g.,* parede, em se tratando de servidão *tigni immittendi),* em vez do art. 701? Não há *dominus,* pois que é *nuilius* o prédio; mas a obrigação de *facere* está inclusa na obrigação de *pati* ou de *non facere* e a relação jurídica é real; conseqüência : não havendo quem faça, pode o dono do prédio dominante mandar fazer e cobrar sobre o prédio *nuflius,* executivamente, o que gastou. Se há possuidor, contra êle se exerce a ação; se o não há, hão de ser citados os interessados, por edital.

4. INUTILIDADE SUPERvENIENTE. Se, durante a existência do direito de servidão, algo ocorre que a torna temporariamente inútil, não pode ser exercida. Assim, se A tem servidão de pasto, ainda que a tenha exercido com os pastores ou boiadeiros, não pode, a pretexto de serem pastores e boiadeiros, pôr homens no terreno serviente: os homens somente poderiam estar lá como instrumentos para o exercício da servidão de pasto.

Assim, também, se a favor de A foi constituída servidão de passagem por cima do edifício que está construído, para ser usada quando A edificar junto, não pode A, que tem prédio do outro lado, não-dominante, agora andar pela cobertura, pela qual passaria se já houvesse construído o seu edifício.

Na servidão *de* futuro, pois que a *uti.litas* vem, completa, depois, mas já existe a servidão, tem-se de indagar se, embora seja para mais tarde a utilização do prédio serviente, já não existe desde agora alguma utilidade. Não só se há de entender que se podem praticar todos os atos necessários ao uso no futuro como também surge a questão de se saber se não se trata de servidão a *conteúdo folheado,* ou por superpostas camadas *(e.* g., art. 705:

"Nas servidões de trânsito, a de maior inclui a de menor ônus, e a menor exclui a mais onerosa"). No ato constitutivo, é permitido restringir-se o conteúdo da servidão *de futuro,* tornando-se só exercível quando ultimada a instalação ou feito o edifício, ainda que em atos que se entenderiam, de ordinário, inclusos nos atos de exercício futuro.

Se ainda falta a coisa a favor da qual se há de exercer a servidão, todos os atos necessários a seu surgimento, que caibam no conteúdo da servidão *de futuro,* já se entendem de conteúdo presente. O exemplo mais frisante é o de quem pode fazer ilha artifical, que se torne independente do prédio de que são partes integrantes as águas, e precisa da passagem antes de se fazer a ilha. Por isso mesmo, não se há de importar a regra jurídica do art.

1.029, 23 alínea, 23 parte, do Código Civil italiano, no que pré-eliminaria qualquer efeito anterior à construção do edifício ou à criação do fundo.

Pode acontecer que a servidão *de futuro* só se haja de exercer quando ao edifício a ser construído se der determinada destinação. Então, é a destinação, e não a edificação, que dá o *dies a quo* para o exercício. A servidão constituiu-se antes.

5.OBRAS NECESSÁRIAS. Diz o art. 699: "O dono de uma servidão tem direito a fazer todas as obras necessárias à sua é conservação e uso. Se a servidão pertencer a mais de um prédio, serão as despesas rateadas entre os respectivos donos". Acrescenta o art. 700: "As obras a que se refere o artigo antecedente devem ser feitas pelo dono do prédio dominante, se o contrário não dispuser o título expressamente". Finalmente o art.

701: "Quando a obrigação incumbir ao dono do prédio serviente, êste poderá exonerar-se, abandonando a propriedade ao dono do dominante".

O titular da servidão *pode* fazer as obras, não tem *dever* e *obrigação* de

as fazer. Se a falta das obras causa dano, além da caução de dano infecto, tem o dono do prédio serviente a pretensão pelo dano causado por ato negativo ilícito (art. 159).

Quanto ao registro da cláusula que atribui ao dono do prédio serviente o ônus das despesas com as obras necessárias à conservação e ao uso da servidão (art. 700), há os que o dispensam *(e. g.,* L. COVIELLO, *Le Servitft prediali,* 329 s.) e os que o exigem (E. PÂCíFICI-MÂZzoNI, Trattato delle Servitú prediali, *Codice Civile italiano commentato,* □

5 a ed., 215; N. GERMANO, *Trattato delie Servitit,* II, 416). Sem o registro há a obrigação do *atual* dono do prédio serviente, não de qualquer dono futuro, e tal obrigação não pode ser entendida contra terceiros. Não entrou, portanto, na relação jurídica de direito real limitado. Se a cláusula foi inserta no ato constitutivo, tem êsse de ser registrado e, com êle, registada fica a cláusula. Se não foi inserta no ato constitutivo e consta de pacto à parte, o registro é que faz substituir-se ao ônus ao dono do prédio dominante o ônus ao dono do prédio serviente (certa, a doutrina alemã, se bem que as regras jurídicas do §

1.021 sejam, nos pressupostos, diferentes, cf. H. SAWITZ, *Der Inhalt des Grundbuches naeh* § *892 11GB.,* 96

s.).

A cláusula pode ser a de ônus das obras ou a de ônus das despesas, isto é, ônus de serem pagas pelo dono do prédio serviente as despesas que razoavelmente fizer o dono do prédio dominante, ou alguém que das obras foi incumbido no pacto ou posteriormente.

Quando o□ dono do prédio dominante precisa fazer obras necessárias à conservação e uso da servidão, há de restringir a atividade ao tempo e modo que menor incômodo causem ao proprietário do fundo serviente. No ato constitutivo podem ter-se indicado lugar e modo. Se nada se disse no título, então o dono do prédio dominante está adstrito a examinar as circunstâncias, antes qe iniciar as obras, ou à medida que as for fazendo, reduzindo

~o mínimo o incômodo do proprietário do prédio serviente. A questão é de fato. Havendo dúvida, ou divergência entre enunciados de fato do dono do prédio dominante e do dono do prédio serviente, enfiteuta, usufrutuário, usuário, habitador, ou possuidor do prédio serviente, tem aquele a *ação de regulação do exercício* Se o incômodo é maior porque são urgentes ou emergenciais as obras, tem-se de partir de que

há necessidade e urgência e procurar o mínimo incómodo em tais circunstâncias.

O aviso quanto às obras não foi previsto na lei. É conveniente dá-lo. Cumpre, porém, atender-se a que, em se tratando de domicilio, ninguém pode penetrar, à noite, sem consentimento do morador, salvo para acudir a vitimas de crime ou desastre, nem durante o dia, se a lei não o permitiu (Constituição de 1946, art. 141, § 15).

O princípio de direito constitucional passa à frente. Se o dono do prédio serviente se opõe, cabem as ações possessórias, a cominatória e a de indenização. A entrada pode ser em ato de justiça de mão própria, se há urgência (Código Civil, art. 502 e parágrafo único).

Se, no exercício do direito de fazer obras, o dono do prédio causa danos ao prédio serviente, sem que o haja previsto o título e sem que tenha havido errada ou má escolha do tempo e do modo de as fazer, não há pretensão à indenização (N. GERMANO, *Trattato deile servitik,* IN, 446 s.). A indenizabilidade começa com a irregularidade do exercício (art. 160, 1, 23 parte). Dano, que se poderia evitar, é dano que resultou de exercício irregular do direito. Evitável também foi o dano que não ocorreria se ato do dono do prédio dominante ou outro qualquer titular do direito de servidão não houvesse provocado a necessidade de obras.

Se a execução das obras incumbe ao dono do prédio dominante, e foi ato ou fato do dono do prédio serviente, que as tornou necessárias, o ônus de fazê-las continua, mas tem o dono do prédio dominante ação de indenização pelo ato ilícito (arts. 159 e 160), ou por ato-fato ilícito, ou pelo fato ilícito, conforme a espécie.

Inversamente, se a execução das obras incumbia ao dono do prédio serviente, e a causa de serem necessárias foi ato ou fato do dono do prédio dominante.

6.RENÚNCIA PELO DONO DO PRÉDIO SERVIENTE. O “abandono” a que se refere o art. 701, dito liberatório, renúncia é. A consequência da aquisição pelo dono do prédio dominante édevida à lei, que a estabelece para exonerar da obrigação de pagar as despesas, ou de fazer as obras, o dono do prédio serviente. A renúncia ao domínio, à enfiteuse, ao usufruto, ao uso ou à habitação, é como qualquer outra renúncia ao domínio ou a algum desses direitos reais limitados que se mencionaram. Apenas, como há o ônus das obras ou das despesas e a renúncia foi para evitar que o vinculo perdurasse, a lei atribuiu ao

dono do prédio dominante a aquisição. Não se trata de dação *in solutum.* Nem de oferta de alienação: o dono do prédio dominante não pode recusar, nem a eficácia do ato previsto no art. 701 depende de aceitação. O negócio juridico é unilateral. Se de daÇÃO *in solutum* se tratasse, poderia continuar o dono do prédio serviente obrigado pelo que, nas despesas, excedesse o que valesse o prédio serviente.

Não se pode assimilar a renúncia do art. 701 à *datio noxae* do direito romano. Primeiro, porque o instituto é diferente. A *noxa* era a entrega, a título de expiação, do dependente culpado ou do animal ou da coisa: ou se reparava o dano, ou se entregava o autor do delito (cf. P. E. VON WYss, *fie Haftung flir fremde Culpa,* 8). A *adio noxalis* tendia à obtenção da daÇÃO da noxa, à *noxae datio.* Às vêzes não satisfazia o ofendido. Toda assimilação ao negócio jurídico da *datio in solutum* é de repelir-se. No *dare noxa* há o resultado de evolução da sanção ao delito, sucedendo à vingança, já tendo o Estado considerado a *dati.o noxa,e* como composição legal (cf. P. F. GmARD, *Les Áctions iwxales,* 81-58). A concepção do pagamento do dano pelo trabalho até que se completasse vem de PAPINIANO e foi por Justiniano estendida aos delitos cometidos por escravos.

A renúncia tem de ser registada. A despeito da sua especialidade, a renúncia do art. 701 é renúncia como qualquer outra e entra no conceito do art. 589, II, e § 1.0.

Pode acontecer que o prédio serviente esteja gravado de outros direitos reais limitados, de modo que aquisição pelo dono do prédio dominante lhe seja prejudicial. Poderá êle recusar a aquisição, que não se opera *ipso iure,* com a renúncia pelo proprietário do prédio gravado pela servidão. Libera, quer queira quer não. Se adquiriu, pode, por sua vez, *renunciar à* propriedade desse prédio (art. 589, II, e § 1.0), que acaba de adquirir.

Se não houvesse o art. 701, o prédio serviente, com a renúncia, se teria tornado *nuilius,* tornando-se apropriável por terceiro, pela usucapião. Havendo o art. 701, a declaração de querer evitar as despesas ou obras, que tem de ser registada com a renúncia, faz incidir o art. 701, em vez de incidir o art. 589, § 1.0 (arg. ao art. 589, § 2.~). A construção que fizesse a aquisição pelo dono do prédio dominante depender de tomada de p&se ou de aceitação por êle seria regressiva à L. 2, § 1, D., *pro derelicto,* 41, 7, isto é, à concepção proculeiana, que fora superada (Tomo XIV, § 1.602, 1). Se o proprietário do prédio dominante *declara* que não quer adquirir, ainda que o faça antes ou depois da renúncia pelo dono do prédio serviente, não *adquire:* tem-se a adquiribilidade por êle, desde o momento em

que se‟ registrou a declaração de vontade do dono do prédio serviente, e a perda, em virtude de tal declaração (que se há de receber como de *renúncia),* desde o momento em que se registrou. Registadas no mesmo dia, tem-se a do proprietário do prédio dominante como imediatamente *posterior,* em eficácia, à do proprietário do prédio serviente. (Escusado é advertir-se em que 6

absurda a opinião de A. CICU, *Servitii prediali,* 291 s., segundo a qual o prédio, se sobrevém renúncia do proprietário do prédio dominante, volta ao dono do prédio serviente.) A renúncia pode ocorrer quer as obras ou despesas ainda tenham de ser feitas, quer já estejam sendo feitas.

Pode já ter havido sentença condenatória nas despesas, ou julgamento de preceito cominatório.

O ônus das obras ou despesas pode tocar ao enfiteuta, ao usufrutuário, ao usuário, ou ao habitador. Se qualquer desses renuncia, conforme o art. 701, a propriedade não passa ao dono do prédio dominante: dá-se a consolidação da propriedade do dono do prédio serviente; mas o ônus também se transfere a êsse. Se êsse quer renunciar, liberando-se, tudo se passa como se originàriamente fosse a êle que coubesse o ônus.

Se, pelo título, ou pacto posterior registrado, a servidão somente grava parte do fundo *(e.* g., servidão de aqueduto a que se delimitou o percurso, com precisão, no próprio ato constitutivo, ou modificação posterior registada), a renúncia pode ser apenas quanto ~ parte gravada (E. PACIPIcI-MAZzONI, Trattato delle Servitú prediali, *Codice Civile italiano comrnen* tato, 217 *5.;* N. GERMANO, *Trattato deite Servitú,* II, 422; A.

BuTERA, DelIe Servitii stabilite per fatto dell‟uomo, *Ii Diritto Civi-. te italiano,* Parte V, IN, 33 ed., 670 s.; L.

COVIELLO, *Le Serviti2 predioli,* 333 s.; A. Cícu, *Serviffc prediali,* 492). Se a servidão grava todo o fundo, mas foi delimitado o exercício, a renúncia não pode ser quanto a parte do prédio: se se renunciou àparte e se registrou, é retificável o registro. Se, após o negócio jurídico de renúncia, que é unilateral, o dono do prédio dominante toma posse própria, nem por isso se eficaciza a renúncia

A nula (art. 145, ~ 2a parte) : apenas pode êle vir a usucapir o domínio da parte, que se entende unida ao seu prédio, se não lhe atribuiu existência distinta. No caso de declaração de vontade do dono

do prédio serviente, no tocante à entrega dessa parte para se liberar, a tomada de posse própria pelo dono do prédio dominante é aceitação de oferta.

Se a servidão registada foi localizada e houve atos que a circunscreveram ao lugar a que se restringiu, não basta isso para se dizer que só a parte, em que ela ficou, está gravada. Se a usucapião da servidão foi de servidão localizada, entende-se que só parcialmente foi gravado o prédio; a renúncia, que sobrevier, será só dessa parte.

Se a renúncia da parte, dividindo o fundo, tornaria o restante menor do que as leis de direito público exigem aos prédios, só é possível renunciar-se a todo o prédio. Idem, se a parte renunciada, inferior àquele tamanho mínimo, não pode ser ligada a outro prédio do dono do prédio dominante.

Suponhamos agora que o dono do prédio serviente, que teria de fazer as despesas, *renuncia* ou *abandona* a propriedade, sem ser com a intenção do que se prevê no art. 701. No sistema jurídico brasileiro, a distinção entre renúncia e abandono é clara, baseando-se no art. 589, II, e § 1.0, e no art. 589, IN, e § 2.0.

Quer se trate de *renúncia* segundo o art. 589, II, e § 1.0, ou de *renúncia* segundo o art. 701, há unilateralidade do negócio jurídico, O dono do prédio dominante não se pode furtar à eficácia de qualquer renúncia, portanto também à liberação do dono do prédio serviente segundo o art. 701. Mas é preciso que se dê a aquisição pelo dono do prédio dominante, que tem a adquiribilidade por lei. Qualquer ato dele que seja exercício do direito formativo gerador, que lhe nasce do art. 701, inclusive declaração ao registro, ainda tácita *(e.* g., foi êle que levou a renúncia segundo o art. 701), afasta que o prédio serviente se torne *nuilius.*

Na espécie do art. 589, IN, e § 2.0, nenhuma oportunidade tem o dono do prédio serviente para se liberar. Idem, na espécie do art. 589, II, e § 1.~. *A renúncia segundo o art. 701 pode vir a. ser renúncia segundo o art. 589, II, e § 1/", liberando; porém o inverso não se dá.*

Assim, enquanto não há ato do dono do prédio dominante, não há aquisição por êle. Há pendência. Ou terá havido *res nultius,* ou aquisição. Para se evitar que tal estado permaneça, convém que o dono do prédio serviente, que renuncia, faça ciente o dono do prédio dominante, para que o oficial do registro faça a averbação segundo o art. 285 do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989.

CAPITULO VI

EXTINÇÃO DAS SERVIDÕES

§ 2.228. Princípios gerais

1.PRINCIPIO FUNDAMENTAL. A respeito de servidões, é princípio fundamental do direito brasileiro que, a respeito de terceiros, a servidão registada só se extingue com o cancelamento. Êsse *principio da prevalência do registro* é de grande importância teórica e prática. Ainda que não mais exista o uso da servidão e, no mundo fático, se tenha por extinta, a data da sua extinção, em relação a terceiros, é a da *inscrição* do processo de cancelamento (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, art. 227).

Assim, diz o art. 708: "Salvo nas desapropriações, a servidão, uma vez transcrita, só se extingue, com respeito a terceiros, quando cancelada" (aliás, "uma vez inscrita", Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1989, art. 178, a), X, "ou transcrita", art. 178, b), IX). Daí a relevância do cancelamento, com a eficácia desde a inscrição do processo (Decreto n. 4.857, art. 227).

2.TEMPORARIEDADE E PERPETUIDADE DAS SERVIDÕES . Na L. 28, D., *de servitutibus praediorum urbanorum,* 8, 2, PAULO disse que todas as servidões dos prédios devem ter causas perpétuas; de modo que nem de um lago nem de um tanque se pode conceder servidão de aqueduto. Também, acrescentou, há de ser natural e perpétua a causa de impor-se a de estilicídio ("omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aqu~e ductus potest. stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet"). Essa "sutileza") do direito romano foi reprovada pelos juristas dos tempos modernos, mas principalmente por TOMÁS MAURÍCIO RICHER *(Universa civilis et criminalis Zurisprudentia,* IN, § 951). Cf. MELO FItEmE *(Institutiones,* IN, 168 s.) e MANUEL DE ALMEIDA E

SOUSA *(Tratado prdtico e comvendiário das Águas,* 53 sj. O pendor dos Romanos pelos direitos perpétuos não corresponde ao senso crítico de hoje. Utilidades efêmeras e transeuntes não bastariam; porém não se veda que, sendo duradouras, se conceba sob condição ou a termo a servidão.

8. CAUSAS DE ExTINÇÃO. As servidões extinguem-se:

a) pela *renúncia* (art. 709, 1), seguida do *cancelamento* (art. 709, pr.) para eficácia contra o titular e contra os terceiros; *b)* pela *destruição* do prédio dominante, *e. g.,* invasão definitiva do mar no prédio dominante; *c)* pela *destruição* do prédio serdente, *e. g.,* invasão definitiva do mar no prédio serviente; *d)* pela cessação da utilidade, *e.* g., abertura de estrada pública, acessível ao prédio dominante, se a servidão for de passagem, mais *cancelamento* (sem êsse não se opera a extinção, art. 709, pr. e II) ; *e)* pelo *cancelamento* em virtude de *resgate* da servidão (art. 709, pr. e IN); /) pela reunião dos dois prédios no domínio da mesma pessoa (art. 710, 1), seguida de *cancelamento* (Decreto n. 4.857, art. 291) ; g) por se ter realizado a condição ou por se ter chegado ao termo que se marcou, ao se constituir; *h)* pela *supressão das obras* por efeito de contrato ou de outro título expresso (art. 710, II); *i)* pelo *non usus* durante dez anos contínuos (art. 710, IN); *j)* pela *preclusão* (diz-se) do direito à servidão, em virtude de atos opostos; *k)* por *decisão judicial* (desapropriação, sentença constitutiva negativa ou mandamental negativa); *1)* pela aquisição do prédio serviente livre de servidões.

Espécies há em que é também *preciso* o cancelamento para que se extinga em relação ao titular; quanto aos terceiros, é êle sempre preciso, exceto nas espécies *lO* e *c)* e g). São espécies em que o cancelamento é necessário para que se extingam em relação ao próprio titular as espécies a), *d), e), /*), 5) e *k).* A espécie *i)* oferece estrutura peculiar. Quanto a *1),* o art. 708 ressalva da necessidade do cancelamento as desapropriações.

Entenda-se: desapropriada a servidão, é dispensável, para a

eficácia contra terceiros, o cancelamento; far-se-á êsse, oportunamente, para regularização do registro; e tal cancelamento é efeito *mandamental* da sentença que desapropria. Quanto à arrematação e à adjudicação em hasta pública, nos casos em que por elas as servidões se extinguem, têm de ser *averbadas* (Decreto n. 4.857, art. 178, *c),* V), além de *transcritas* (art. 178, *b),* VII).

4.CANCELAMENTO PEDIDO E CANCELAMENTO PROMOVIDO OU SUSCITADO. Há diferença entre o cancelamento *pedido* ao juiz e o cancelamento *promovido* perante o oficial do registro de imóveis. Em se tratando de a), *d)* e *e),* o Código Civil, art. 709, é explícito *(verbis* "pelos meios judiciais") : "O dono do prédio serviente tem direito,

pelos meios judiciais, ao cancelamento da transcrição, embora o dono do prédio dominante lho impugne: 1. Quando o titular houver renunciado a sua servidão. II. Quando a servidão for de passagem, que tenha cessado pela abertura de estrada pública, acessível ao prédio dominante. IN. Quando o dono do prédio serviente resgatar a servidão". Em linguagem técnica: o dono do prédio serviente, nas espécies do art. 709, 1-111, tem direito, pretensão e ação de cancelamento. A sentença, nas espécies 1 e II, é mandamental

-declaratória, de modo que, ainda em caso de renúncia, expressa ou tácita, se tem de pedir ao juiz que mande cancelar; e a êle cabe examinar os pressupostos da extinção. A sentença, na espécie in, é constitutiva negativa, com forte dose de manda-mentalidade. No art. 710, diz o Código Civil: "As servidões prediais extinguem-se: 1.

Pela reUnião dos dois prédios no domínio da mesma pessoa. II. Pela supressão das respectivas obras por efeito de contrato, ou de outro título expresso. IN. Pelo não-uso, durante dez anos contínuos". Para entendimento do art. 710 é de relêvo o que se diz no art. 708: "Salvo nas desapropriações, a servidão, uma vez transcrita, só se extingue, com respeito a terceiros, quando cancelada". Em nenhuma das três espécies do art. 709, há força constitutiva negativa; há força mandamental, seguida de forte carga constitutiva negativa, mas o elemento constitutivo negativo só concerne à inscrição da servidão. A pretensão é à desconstituição do registro (:z cancelamento), e não à desconstituição da servidão, o que é conseqüência . Não se desconstitui o registro, dizendo-se que a servidão cessa *ex nunc,* e sim dizendo-se que se desconstitul, porque cessou, na ordem fora do registro, no direito civil material. Há elemento declarativo disso. A decisão declara, por isso desconstitui o registro, e manda, preponderantemente, que se cancele. Quanto ao art. 710, 1-11, dispensa-se o mandamento judicial: o dono do prédio serviente tem pretensão ao cancelamento, sem precisar de tutela jurídica. Se bem que os oficiais do registro sejam similares dos tabeliães, que sucederam aos juizes cartulários, não há "ação": o dono do prédio serviente vai, de si só e por si só, ao cartório, para que se proceda ao cancelamento, "mediante a prova da extinção". it o que está no art. 711: "Extinta, por alguma das causas do artigo anterior, a servidão predial transcrita, fica ao dono do prédio serviente o direito a fazê-la cancelar, mediante a prova da extinção". A causa da extinção deu-se, mas só tem eficácia real a extinção, com o cancelamento.

§ 2.229. Análise das causas de extinção

1.(a) RENÚNCIA Á SERVIDÃO E CANCELAMENTO. Tratando-se de *renúncia,* tanto o renunciante quanto o dono do prédio serviente pode pedir o cancelamento. A eficácia real é desde a *inscrição* do processo, mas precisa-se do assentimento dos titulares de direitos reais sobre o imóvel dominante. A renúncia, antes da inscrição, não tem eficácia real. O dono do prédio serviente somente pode ir contra o renunciante, que não acordo no registro, por ação pessoal de perdas e danos. É *renúncia* o anUir-se em que o dono do prédio serviente elimine a servidão, mas aí é preciso que o dono do prédio serviente possa alegar a preclusão do direito do titular da propriedade do prédio dominante. Da! tratar-se à parte a espécie. Para se obter o cancelamento precisa-se de ação.

Falando da renúncia, JosÉ MENDES *(Das Servidões de caminho,* 141) disse que depende do consentimento de ambos os interessados, isto é, do proprietário do prédio dominante e do proprietário do prédio serviente. A confusão com o *contrarius consensus* é evidente: renúncia é negócio jurídico unilateral. O acordo distratante é que é bilateral e contém a promessa de prestação do titular da servidão, a título gratuito (doação), ou a título oneroso, e a aceitação ou a aceitação e a promessa de prestação pelo sujeito passivo do direito de servidão.

Na L. 14, § 1, D., *de servitutibus,* 8, 1, fala-se de *remissão* (“remitti domino fundi servientis potest”), como se remite dívida; na L. 34, pr., D., *de servitutibus praediorinn rusticorum,* 8, 3, PAPINIANO emprega o mesmo verbo. Na L. 8, D., *quemadmodum servitutes amittuntur,* 8, 6, supõe-se que alguém permitiu o ato contrário à servidão e diz-se que há perda (“stillicidii immittendi ius amitto”, “amitto ius viae”). É a renúncia tácita, que tem de ser provada em juízo, para que o juiz possa declarar a renúncia e mandar cancelar a inscrição ou a transcrição. A renúncia é tácita, mas a *remissão* há de ser expressa (L. 5, D., *de servitutibus praediorum urbanorum,* 8, 2; J. L. E. PÍSTTMANN, *Varia juris civilis capita,* c. 3; Cmi. Fa. vON GLÚCK, *Ausfiihrliche Erlduterung der Pandekten,* 10, 263). Pode-se perder a posse, e não se perder a servidão, que é direito: “non enim ad factum, sed ad ius servitutis haec verba referentur” (ULPIANO, L. 5).

A expressão “renúncia” (Código Civil, art. 709, *ver bis* “o titular houver renunciado a sua servidão”) é preferível a remissão, *remissio:* não há mais a tradição, para se constituir a servidão; do mesmo modo não se há de cogitar de remissão por entrega da servidão. Tanto mais quanto a impropriedade do uso da palavra

“remissão”, no art. 687, traria confusões. O resgate, de que se fala no

art. 709, IN, é *remição.*

2.(b) e (c) DESTRUIÇÃO DO PRÉDIO DOMINANTE OU DO PRÉDIO SERVIENTE. A destruição definitiva de um ou do outro bem imóvel opera no mundo fático, mas a sua influência é tão grande que retira todo conteúdo à servidão e faz *ineficaz* o registro. Não se precisa de decisão judicial; qualquer disputa, a respeito, seria em tôrno de *declaração:* existe, ou não, a relação jurídica de servidão, ainda que se controverta a questão de estar, ou não, destruido o bem imóvel. Se o prédio volve a ser, a servidão reinstala-se (= a destruição do prédio foi temporária, portanto a servidão não deixou de ser), salvo se o não-uso a extinguiu (BOaGES

CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal,* IV, 276). Todavia, se a servidão poderia ter sido exercida se o dono do prédio serviente houvesse feito alguma obra, que de má fé não fêz, não se pode alegar o não-uso, que o dolo mesmo causou *(exceptio dou).*

Uma coisa é a destruição total do prédio *(interitus rei)* e outra a mudança de estado do lugar, que apenas impossibilita o exercício, temporariamente ou enquanto não se remove a servidão.

A destruição do edifício não é destruição do fundo. Com a reconstrução, a servidão passa a poder ser exercida.

Na L. 14, pr., D., *quemadmodum servitutes anzittuntur,* 8, 6, JAvOLENO fala da restituição ao estado pristino ("servitus . . . in pristinum statum restituitur"). O art. 737 do Código Civil não pode ser invocado, porque as regras jurídicas a respeito da servidão e do usufruto são diferentes, devido à diferença mesma entre os dois institutos (cf. L. 10, 1-4 e 7, O., *quibus modis usus fructus vel usus amittitur, 7,* 4).

Se a servidão tinha por objeto parte individuada e delimitada do prédio, que pereceu, sem poder volver a ser, a servidão extingue-se. Se não fora individuada e delimitada, há possibilidade de remoção e só se extingue pelo não-uso.

3.(d) CESSAÇÃO DA UTILIDADE. A servidão que consiste em passagem funda-se nessa utilidade, que pode cessar, se o Estado abre estrada pública que torne supérflua, ou inútil, a servidão. Tal verificação depende de processo, em que se profira sentença; não basta a *prova* perante o oficial do registro de imóveis (art. 709, pr.

e inciso II; cp. art. 711).

É de discutir-se se a cessação da utilidade, para que tenha eficácia de extinção, depende de cancelamento do registro (Código Civil suíço, art. 736, alínea í.~), ou não. A doutrina mais corrente dispensa o cancelamento para que haja efeitos; mas tal cessação pode ser duvidosa, e precisa-se de sentença judicial que decrete a cessação e mande que se cancele o registro. A pretensão é de extinção por sentença *(Lõsungsanspruch).* A decisão é inandamental, de elemento *constitutivo negativo,* referente ao registro; e a pretensão, imprescritível, irrenunciável e irrestringível (II. LEEMANN, Sachenrecht, no *Komrnentar* de M. GMtYR, IV, *2,* 433, que tem a decisão como constitutiva, o que desatende à mandamentalidade).

4.(e) RESGATE. O resgate da servidão (art. 709, IN) não se confunde com a renúncia, que é ato unilateral do dono do prédio dominante: o resgate é negócio jurídico bilateral, ou negócio jurídico unilateral. Nenhuma alusão se faz, no Código Civil, fora do art. 709, IN, ao "resgate" da servidão.

No art. 693, falou-se do resgate do foro, dizendo-se qual o quanto do resgate, que é direito irrenunciável. No Decreto n. 22.785, de 31 de maio de 1933, art. 1.0, fêz-se irresgatável o foro, se o bem pertence ao domínio da União. Não se trata de renúncia, tanto que dessa se falou no art. 709, 1, e daquele, no art. 709, IN. O resgate pode ser unilateral, com base em lei especial que fixe os pressupostos, inclusive o quanto da indenização; ou em virtude de *ação de resgate* ou *remição,* em que se peça ao juiz que seja avaliada a servidão e se fixe o preço do resgate, ou em que se ofereça resgate. A ação é constitutiva negativa, pôsto que tenha forte carga mandamental; à diferença das ações do art. 709, 1 e II, mandamentais, com forte dose constitutiva negativa.

Nem sempre o resgate é possível, ou porque seja necessária e insubstituível a servidão, ou porque se haja constituído como tal. Vale o pacto de irresgatabilidade da servidão. (CLóvís BEVILÁQUA, *Código Civil comentado,* IN, 258, viu no resgate somente negócio jurídico bilateral, que o dono do prédio serviente levaria ao registro de imóveis para. o cancelamento da inscrição. Mas isso seria confundir as espécies do art. 709 e do art. 710. Não compreendera a distinção , que resultara dos arts. 847 e 848 do Projeto revisto; cf. *Trabalhos da Comissão Especial,* 1, 219.)

No art. 709, IN, o Código Civil fala de *resgate* da servidão *(verbis* "se o dono do prédio serviente resgatar a servidão"). ~ Que se entende, ai, por "resgatar a servidão"? *Resgatar* vem de *recaptare* (reexcaptare), re-captar, re-adquirir, liberar. Para isso, é preciso que a servidão tenha

sido concebida como resgatável, ou que o dono do prédio serviente peça avaliação e resgate ou ofereça resgate. Na primeira espécie, o dono do prédio serviente pede o depósito da quantia que se fixou para o resgate e a desconstituição da servidão, o que só se opera com o cumprimento do mandado judicial ao oficial do registro (a sentença é de força constitutiva negativa, de eficácia imediata mandamental e de eficácia mediata declaratória). Na segunda espécie, há citação do dono do prédio dominante e mais titulares do direito de servidão para que se manifestem sobre a avaliação e a oferta. Se não acordo no resgate, o processo será arquivado; se acordo, o juiz julgará o acordo, declarando a desconstituição da servidão e mandando que se cancele o registro.

5.(f) MESMEIDADE DO TITULAR DO DIREITO DE PROPRIEDADE DOS DOIS PRÉDIOS. A reUnião dos dois prédios pela mesmeidade de dono extingue a servidão, que é direito real, se o cancelamento se faz. O

direito registário e o princípio formulado no arE 708 impedem que o direito real se extinga *antes* do cancelamento. No direito anterior, MANUEL GONÇALVES DA SILVA *(Commentaria,* IV, 80) enunciava a regra jurídica de extinção; mas BORGES CARNEIRO *(Direito Civil de Portugal,* IV, 265) contrapôs ao "non reviviscit si ego eamdem domum deinde alteri vendidero" que há consolidações temporárias. O conceito é de repelir-se; só há consolidações definitivas; porém, com isso, TEORGES CARNEIRO introduzia na doutrina o pensamento de ser necessária maior investigação, ao que LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA *(Direito das Coisas,* 1, 360) não atendeu, limitando-se ao princípio e à alusão ao trecho de BORGES CARNEIRO. Aliás, o próprio MANUEL GONÇALVES DA SILvA (IV, 80) cogitara de exceções: se o prédio dominante há de ser retrovendido; se se trata de servidão indispensável *(e.* g., "vendito molendino, ius aquae, et clusa, fistulae, et canales comprehendundur, etiamsi propter síccitatem molere non possit"). Assim, o art. „710, 1, tem de ser entendido com as seguintes limitações: a) o direito real só se extingue com o cancelamento (arts. 711 e 708) ; *b)* se a servidão é tida como indispensável ao prédio, em virtude de regra de direito público, não se pode extinguir, ainda com o cancelamento; *e)* se é de interpretar-se que o adquirente manteve as propriedades tais como eram, não há o efeito da reUnião pelo laço subjetivo, porque a êle se opõe a distinção objetiva. Assim, se A, dono do prédio *a,* serviente, que adquiriu de B o prédio *b,* dominante, vende o prédio *b* a C, ou o retrovende ou vende, o que A vendeu a C, ou a B, foi o prédio *b,* com a servidão. Para evitar isso, teria êle de ir ao cartório do registro de imóveis para que se cancelasse: a venda a E, ou

a C, seria sem a servidão, se posterior ao cancelamento, ou, pelo menos, ao cancelamento do registro da transferência do domínio.

É absurdo, nos nossos dias, fundar-se a extinguibilidade da servidão pela aquisição do outro fundo pelo dono de um deles na *inutilidade* da servidão (A. CICU, *Estinzione di rapporti giuridici per confusione,* 73s. e 113 s.; *Servittt prediale,* 327 s.). Com isso, apagar-se-ia toda a independência dos prédios para se exagerar a importância da mesmeidade de titular no momento. O dono de prédio, dominante ou serviente, é dono agora; e o prédio pode conservar toda a sua figura, com os direitos acessórios ao direito de propriedade, tal como êle se descreve, com as transcrições, as inscrições e as averbações no registro de imóveis. Do registro do imóvel até.a numeração, a demolição de casa ou terraço, ou qualquer circunstância que possa interessar ao registro, há de constar (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 285, parágrafo único).

Por outro lado, a ligação do objeto ao sujeito *no momento,* com o * *Nemini res sua servit* e a apriorística afirmação da extinção pela confusão, teria graves inconvenientes, e não se poderia admitir se o prédio dominante está hipotecado, em anticrese, ou é em enfiteuse, usufruto, uso, ou habitação. A própria opinião intermédia segundo a qual se extinguiria a servidão para o dono do fundo, e não para o enfiteuta, o usufrutuário, o usuário, ou o habitador, seria de repelir-se. A esses argumentos contra a interpretação do art. 710, 1, em termos de regra jurídica *a priori,* junte-se o de ser perturbador que se tenha de atender a determinações mexas dos negócios jurídicos (termo, condição) e a eventuais sentenças de nulidade ou de anulação do negócio jurídico de aquisição. Nem se atenua a inconveniência com falar-se de ineficácia temporária e de reeficacização.

Não há pensar-se em extinção se o dono do prédio serviente, ou do prédio dominante, adquire enfiteuse, usufruto, uso, ou habitação do outro prédio; nem se o dono de um se torna condômino do outro, ou se torna sujeito ativo de patrimônio em que se acha o outro prédio.

Se a servidão se extingue, tal extinção resulta do registro, e a alienação de um dos prédios não a faz renascer.

Seria preciso constituir-se nôvo vinculo de servidão, segundo ás princípios.

O que acima se disse há de entender-se para quaisquer servidões, voluntárias ou coativas. O art. 710, 1, nada tem com os direitos de vizinhança, de modo que ainda se se extinguiu a servidão direito

formado o direito formativo gerador não se extinguiu, nem se extingue, por ser ligado a pressupostos objetivos.

A questão de se saber se, passando a outro dono um dos fundos, isto é, cessada a mesmeidade de dono, ressurge a servidão, atormentou os juristas. De um lado, SIMoN VAN LEEUWEN *(Censura forensis,* L. II, c. 14, n. 7), que o afirmava; do outro,

W.A. SCRÉSPF *(Diss. siM. decadem casuum de revivisce‟ntia jurium,* c. IX). Distingula J. VOET

(Cominentarius ad Pandectas, 1, 418) : se a propriedade foi adquirida transitôriamente, ou se o não foi; aqui, não revive a servidão; ali, sim *(e. g.,* dote do prédio serviente ao marido; legado condicional, W. A.

LAUTERHACH, *Diss. de Confusione,* § 21, e G. E. KRAUSE, *Diss. de Servitute reviviscente,* §§ 4-6). Se não fora temporária a propriedade, a servidão não reviveria ainda se não se queria a cessação (cf. L. 30, pr., D., *de servitutibus prasdiorum urbanorum,* 8, 2). Abria-se exceção para o caso em que o herdeiro do fundo que era serviente ao seu vendia a outrem a herança (L. 9, D., *comm unia praediorum Iam urbanorum qua.m rusticorum,* 8, 4:

“quia id agitur, ut quasi tu heres videaris exstitisse”). se sobre-vinha decisão sobre inoficiosidade (L. 21, § 2, 19., *de inofficiosa testamento,* 5, 2).

Diz-se *confusão,* para se exprimir o que ocorre no art. „710, 1, quando titular do direito de servidão ou os titulares do direito de servidão e os sujeitos passivos do direito de servidão são a mesma ou as mesmas pessoas, operando-se a fusão *(fusio)* de uma subjetividade *com* a outra. É preciso que se dê a indiferença entre o lado ativo e o lado passivo da relação jurídica.

A expressão “confusio”, que o legislador brasileiro evitou, nos arts. 710, 1, 739, V, 745 e 748 *(dite,-,* no art.

802, V, por se tratar de direito real acessório do direito de crédito), não é sinônimo de extinção, mas sim fato de que pode resultar, entrando no mundo jurídico, extinção. A extinção é, então, efeito da *confusão.* Não se fala de consolidação, porque, a despeito da servidão, se tinha o domínio como *solidum.*

a) Os que atribuíram à regra jurídica da extinção das servidões, se há coincidência de titularidades (pela *confusão* e sustentavam o *dogma da absoluta eficácia extintiva da confusão (e.* g., R. VON JHERING, Passive

Wirkungen der Rechte, *Jahrbúcker flir die lJo gmatilc,* 10, 450) dificilmente podiam sistematizar o que se tira dos textos romanos. Contra isso, estiveram os que procuraram distinguir a aquisição definitiva e a aquisição temporária da propriedade e aqueles que deixaram margem para que não se atendesse, pela possibilidade de vontade contrária, tácita ou expressa, ao princípio *Nuili res sua servit* (e. g., E. STROHAL, Die Eintragungstheorie, *Griinh,uts Zeitschrift,* IV, 489). Se bem que menos precisassem do conceito, tiveram os Romanos direitos sobre a própria coisa: exemplo tem-se exatamente nos casos de continuidade da servidão a despeito da confusão fáctica, isto é, do fato sem ou ainda sem conseqüências jurídicas de se tornar dono do prédio serviente o dono do prédio dominante, ou vice-versa (cf. HANS HOCRE, *file Servitutenconfusiou,* 20).

Ainda interpretando o direito romano, alguns autores, àfrente CAEPOLLA *(Tractatus de Servitutibus,* 527), prestaram atenção *(e. g.,* A. 5. Koaí, *Ertirterungen praktischer Rechtsfragen,* ~ 2.~ ed., 79; R. VON

HOLZSCHUHER, *Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts,* II, 2Y ed., 277) a que o titular dos dois direitos pode *querer* que permaneça e a servidão se pode *assinalar* como continuada, a despeito da confusão (confusão seria fato, e não conseqüência jurídica, isto é, não extinção). Tais espécies não são a de relação jurídica obrigacional à restituição (cf. L. 2, § 18, D., *de hereditate rei actione vendita,* 18, 4, cujo fundamento é o da eqUidade), nem a de extinção e nova constituição da servidão (Código Civil francês, art. 694, onde o "elie continue" é de impropriedade manifesta, cf. K. 5. ZACHARIAE VON LINGENTIIAL, *Handbuch des franzosischen Civilrechís, ~,* 8.~ ed., 668 5.; PARDESSUS, *Traité des Servitud es,* 519).

b)Os comentadores que admitem a extinção pela confusão, em quaisquer casos (isto é, sem haver espécies em que falhe, como se a propriedade só se adquiriu resolutivamente), e falam de revivescência ou de restituição introduzem no direito ressurreição que destoa de princípios científicos. O que se extingue para sempre deixa de ser. Foi SIMoN VON LEETJWEN *(Censura forensis,* g~a ed., 117) o sustentador mais enérgico da revivescência *(reviviscentia)*. À antítese não faltaram adeptos. Alguns procuraram síntese (aquisição temporária, ressurgimento; aquisição definitiva, nenhum volta da servidão).

cy Os textos precisam ser entendidos. L.2, § 19 (tJLFIÁNO), 19., *de hereditate vel actione vendita,* 18, 4: "Et si servitutes amisit heres institutus adita hereditate, ex vendito poterit experiri adversus emptorem, ut servitutes ei restituantur". Se o herdeiro instituído perdeu as servidões, adida a herança, poderá exercer a ação de venda

contra o comprador, para que se lhe restituam as servidões. Aí, bem se revela que algo ficou em suspenso, porque ainda se não tornou definitiva a situação de reunião das duas titularidades. Todavia, percebe-se que os juristas romanos se sentiam mal com o rigor do * *Nuili res sua servil.* A permissão da ação de venda, por ter havido *emplio venditio hereditatis,* só se explicaria suficientemente, uma vez que o texto supôs extinção, se entendessemos que houve cláusula implícita, por ser o que mais soia acontecer: reservar-se a servidão. Mas, ainda aí, não se trataria de revivescência, mas de nôvo gravame. A L. 9, 19., *commuuia praecliorum Iam urbaiwrum quam rusticorum,* 8, 4, teria a mesma explicação, sem se ter de pensar na artificial construção de J. L. v. KELLER *(Grundries zu Vorlesungen,* 327), que imaginou „„confusão formal"".

Diz-se na L. 9 (POMPÕNIO), 19., *communia praediorum Iam urbanorum quam rusticoru"m,* 8, 4: "Si ei, cuius praedium mihi serviebat, heres extiti et eam hereditatem tibi vendidi, restitui in pristinum statum servitus debet, quia id agitur, ut quasi tu heres videaris exstitisse". Se fui herdeiro daquele cujo prédio me servia (= prestava servidão) e te vendi essa herança, deve restituir-se ao pristino estado a servidão, pois que isso se passa como se tu tivesses sido o herdeiro.

Lê-se na L. 18 (PAULO), 19., *de servitutibus,* 8, 1: "In omnibus servitutibus, quae aditione confusae sunt, responsum est dou exceptionem nocituram legatário, si non patiatur eas iterum imponi". Respondeu-se que em todas as servidões, que se hão confundido pela adição, a exceção de dolo terá de prejudicar ao legatário se não permitir que sejam de nôvo impostas.

Se o comuneiro do domínio adquire o prédio serviente, discute-se se *a)* ocorre a extinção da servidão, ou se *b)* não ocorre, ou se *c)* apenas ocorre parcialmente. A opinião *c),* invocando a regra jurídica * *Nufli res sua servit, é* a de Eu. SCHRADER *(Civilistische Abhandlungen,* 1, 303 s.), J. K. E. MÚNTER *(Vou deu Servituteu,* 1, 96), A. F. 3. THIBAUT *(Si,stem d~s pandektenrechts,* □

8 a ed., 206) e HANS HOCHE *(Die Servil uten.confusiou,*

26), e foi a de CHARONDAS *(Ad Til. de verborum obligationibus scholia,* em E. OTTO, *Thesaurus,* 1, 830 s.), FRANTZKIUS *(Commentarius ad Pandectas,* 288 s.) e 3. d"AvE. zAN *(Servitutum liber,* 347). Lembram eles a L. 8, § 1, 19., *de servitutibus,* 8, 1, e a L. 14, *19., quibus modia usus fructus vel usus amiltitur,* 7, 2. A opinião *b),* que foi a de E. BÓCxING *(Pandekten des róinischen Privatrechís,* 1, 226), E. WINDSCHEID *(Lehrbuch,* 1, 9? ed., 1095) e EMIL HOFFMANN *(The*

Lehre vou deu Servituten, 1, 79-83), é a que devemos acolher. Não se dividiu a servidão, que é, em princípio, indivisível, nem se tornou inútil (cf. R. vON JHERING, Passive Wirkungen der Recht, *Jahrbuch fiir die Dogmatilc,* 10, 450).

Lê-se na L. 30 (PAULO), 19., *de servitutibus praedivrum urbanorum,* 8, 2: "Si quis aedes, quae suis aedibus servirent, cum emisset traditas sibi accepit, confusa sublataque servitus est, et si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitutus est: alioquin liberae veniunt. 1. Si partem praedii nanétus sim, quod mihi aut cui ego serviam, non confundi servitutem placet, quia pro parte servitus retinetur. itaque si praedia mea praediis tuis serviant et tuorum partem mihi et ego meorum partem tibi tradidero, manebit servitus. item usus fructus in alterutiis praediis adquisitus non interrumpit servitutem"~. Se, tendo alguém comprado as casas que prestaram servidão às suas, as recebeu, a si feita tradição, confundiu-se e extinguiu-se a servidão; e, se quer volver a vendê-las, há-se de impor, expressamente, a servidão: de outra maneira, ficam livres. Se eu houver adquirido parte de um prédio, que me prestava, ou ao qual eu prestasse (r o meu prédio prestasse), determina-se que não se confunde a servidão, porque por parte se retém a servidão (pro parte servitus retinetur). Bem assim, se meus prédios prestaram servidão aos teus prédios e tu me entregares parte dos teus, e eu a ti parte dos meus, permanecerá a servidão. Tão-pouco interrompe a servidão o usufruto adquirido sobre uns e outros prédios. Não se tire do § 1 da L. 30 que *somente* se minhas se fazem partes dos teus prédios dominantes e tuas partes dos meus prédios servientes é que se deixa de dar a confusão, O principio que vem na L. 30, § 1, explicita, na espécie mais complicada, o que se assentou na L. 30, pr. (cf. L. 34, 19., *de servitutibus praediorum urbanorum,* 8, 3). Advirta-se em que não se cogitou de *communio pro diviso,* o que "explicaria a pretendida antinomia da L. 30, pr. e § 1, como queria TH. MUTHER *(In Frag. VI Communia praediorum Comment alio,* 42-45). A opinião a) foi a de RUDOIF ELVERS *(fie ràmische Servil utenlehre,* 130 s.).

JTJLIANO, na L. 31, 19., *de servitulibus pruediorum ruslicorum,* 8, 8, supôs três prédios continuados, de três donos, e ter o dono do prédio inferior adquirido do fundo superior a servidão de água para o prédio inferior, passando, consentidamente pelo prédio intermédio; depois, o dono do prédio inferior comprou o prédio mais alto e vendeu o inferior. ~ Extinguiu-se a servidão de água, porque, durante algum tempo, foram o mesmo o dono do prédio dominante e o do prédio serviente? JULIANO respondeu negativamente; mas a razão que deu foi contornante: haver o prédio intermédio. E como que previa advertências, acrescentando: "ou havendo-se feito de um só dono

simultaneamente todos os três prédios"; o que de si só põe por terra o argumento de haver prédio intermédio (cf. E. FRIEDMANN, *fie Wirkungen der* Confusio, 7 s.; EMR HOFFMANN, *fie Lehre von den Servituleu,* 1, 92).

Existe espécie em que, embora adquirida, temporàriamen. te, a servidão, não volve. Na L. 17, 19., *quibus modis usus fructus vel usus amiltilur, 7,* 4, disse JULIANO que, se a ti te houverem legado puramente usufruto de um fundo e a Tício sob condição a propriedade e, depois, se houver realizado a condição, Tido terá o fundo em pleno direito e não importa que se haja legado a propriedade, detraído o usufruto: porque, desde que adquiriste a propriedade, perdeste todo o direito do usufruto legado. Pertence a A o usufruto do prédio e a E o domínio, *deducto usufructu,* mas sob condição suspensiva. Durante a pendência da condição, A adquire a propriedade da coisa, de jeito que se dá a consolidação. O texto intrigou os juristas (J. SOBILTER, *Praxis juris Romani,* 269; U. HUBER, *Eunomia romana,* 344 s.; A. MORNATIUS, *Observationes,* 535; J. VOET, *Commeníarius ad Pandectas,* 1, 881 5.; J. C. RÚCKER, *Observationes,* 136 s.). J. VOET reputou a L. 17, fruto de explicação do direito *ex summo iuris rigore,* já obsoleta, devendo-se, por equidade, resolver diferentemente. MOLINAEUS

(U. HUBER, *Eunomia Romana,* 344) aconselhou atender-se às circunstâncias. "Spinosa magia quam aequa", referiu-se a ela .1. SCHILTER *(Prazis iuris Romani,* 269) à L. 17.

Examinando êsse e outros textos, W. A. LAUTERBACH *(Dissertationes academicae,* 821) apontou

"consolidationes de facto", e não "de iure". A expressão já está na Glosa à L. 57, *19.,de usu fructu et quemadmodum quis utatur fruatur,* 7, 1. A criação justinianéia do *beneficium invenlarji* tinha de repercutir no tratamento da confusão, em matéria de servidões e outros direitos reais limitados. O herdeiro não poderia perder direitos em virtude de herança que teria contra êle credores. Negaram que aí se desse confusão E. Cns. WESTPHAL *(S3Jstem der Lehre vou den einzelnen Vermtiektnissenarten,* 185, *Geselse vou Vorlegung und Erôffnung der Tesíamente,* 185), A. KoEPPEN *(Lehrbuck des heutigen rõmi.sch,en Erbrechts,* 212 s.) e ALB. SCHWEPPE *(Rdmisckes Privatrecht,* v, 4? ed., 492). Viu-a como incompleta, H. DnNBUW *(Das Plandrecht,* II, 590). Afirmaram-na W. A. LAUTERBACH *(Dissertationes aca demicae,* 1, 1966), HEIMBACE (em J. WEISKE, *Rechtslexikon flir Juristeu,* 1, 915) e outros. Em verdade,- a confusão tinha efeitos condicionados: só até onde não houvesse prejuízo *poderia* extinguir a servidão.

No fideicomisso, a extinção somente seria possível em relação ao fiduciário, porque o fideicomissário, embora proprietário, ainda não recebeu o bem que há de servir ao outro, ou há de ser servido pelo outro.

Não há pensar-se em revivescência (J. E. F. ROSSHIRT, *Lehre vou den Verm&htnissen,* 17, 212), nem em ação para restabelecimento, ou çoisa que o valha (~em razão, W. A. LAUTERBACH, *Dissertationes academicae,* 17, 1966; C. BÚCHEL, *Civilrechíliche Erôrlerungeu,* 32). A revivescência seduziu a E. WíNnscnnn *(Lehrbuch, 17,* 9? ed., 1.095), Es. li. VERING *(Rõmisches Erbrecht,* 87 e 793), *J.* P. MOLITOR *(Traité de la Possession, de Ia Revendication, la Pubtiejeune et les Servi tudes,* 2? ed., 441) e outros. Negaram que houvesse confusão W. FRANCKE *(Civilistísefle Abhandlungen,* 98), R. VON JHERING (Passive Wirkung der Rechte, *Jahrbiicher fiM- die Dogmatik,* 10, 451) e outros. Sem se atribuir à confusão eficácia extintiva inexcetuável, o que se há de entender é que há duas propriedades, *no tempo,*

uma após a outra. Direitos e deveres que nasceram para o primeiro proprietário extinguem-se à cessação da sua propriedade:

a servidão extingue-se para o fiduciário; não, para o fideicomissAno (cf. arts. 1.734 e 647).

A servidão é impenhorável e ingravável : penhorada ou gravada fica, se se penhorou ou gravou o prédio dominante. Assim já era no direito romano (H. DnNEURG, *Das Pfandrecht,* II, 488; sem razão, H. BÚRKEL, *Beitriíge zur Lehre von Niessbrauch,* 55).

Não se extingue a servidão se o prédio serviente passa a ser objeto de usufruto, de uso, ou de habitação, ou de anticrese por parte do dono do prédio dominante, salvo se faz constar do registro que a considera extinta.

Em 1873, E. *17.* BEKKER *(fie Ãktionen des rômisch.en Rechts,* 370 s.) não teve dúvidas em dizer que direitos reais limitados podiam ser *in re pra pria;* em 1877, E. STRORAL (Die Eintragungstheorie, *Griinhuts Zeitschrift,* IV, 485) cogitou das servidões em coisa própria.

Enquanto há inscrição da servidão, ou *se já* se inscreveu, não se pode, sem quebra dos princípios que regem o registro de imóveis, pensar em que haja cessado o direito, a sua transferibilidade e a sua tutelabilidade (cp. G.

HARTMANN, Rechte an eigener Sache, *Jahrbiicher Nr die Dogmatile,* 17, 78; cfr.

K.ZIEBARTE, *Reform des Grundbuchsrechts,* 47 s. e 67 s.). Sobretudo em sistema jurídico que tem os arts.

530, 17, 711 e 856.

6. O ocorrer da condição ou o advento do termo é causa de extinção. As servidões não são perpétuas: acabam quando se lhes acaba a utilidade, ou quando alguma outra causa de extinção sobrevém, inclusive o advento do termo, ou a realização da condição. Por exemplo: a servidão de luz enquanto não se construiu edifício de apartamentos, ou enquanto o dono do prédio dominante não o demoliu. Tal extinção independe de cancelamento do registro porque consta do registro o termo; idem, se a realização da condição é *retória.*

Se a servidão era de passagem e se tornou desnecessária, dá-se a extinção, como se daria se tivesse havido simples exercício de direito de vizinhança (Código Civil, art. 559); mas, aqui, porque assim o estabelece o art.

709, II, do Código Civil. Não se precisaria de tal regra, nem se precisou, quanto ao art. 559, porque o direito de vizinhança somente limita em função da necessidade. Nas espécies em que o sistema jurídico concebeu limitação do conteúdo do direito de propriedade *mais,* pelo exercício, restrição, o art. 709, II, há de ser invocado, porque se trata de servidão coativa. Porém nem tOdas as servidões de passagem se extinguem pela abertura de estrada pública:

é preciso que, com isso, haja cessado a *utilidade.* A abertura de rua não faz cessar a servidão se a passagem foi para permitir a execução de certo plano arquitetônico, que estaria comprometido pelo fechamento da passagem.

Quanto à restituição parcial da contraprestação, ou da indenização recebida pelo dono do prédio serviente, a lei brasileira nada disse. *De iure condendo,* ou a) se nega qualquer restituição, ou b) se estatui que se restitua o que se recebeu, ou e) só se dá pretensão à restituição do que seria enriquecimento injustificado, ou *d)* só se considera restituível a contraprestação, ou a indenização, no todo ou em parte, conforme há de se interpretar o negócio jurídico, ou a sentença de constituição. A solução do direito brasileiro é a última. Por outro lado, é preciso atender-se a que, se o proprietário do prédio serviente, agora, o adquiriu por menor preço devido à servidão, não haveria razão para se pensar em restituição. O enriquecimento a favor do proprietário do prédio dominante não é injustificado: a abertura da

rua ou outra circunstância favoreceu-o, como a qualquer outro, ainda sem servidão. Dir-se-á que o sucessor do dono do prédio dominante o poderia ter adquirido por preço menor do que o que pagou, se não houvesse servidão (sobre isso, F. ?. OnSTÂNO, *ServitfÀ necessarie di passafigio,* 245). Donde se conclui que houve bem o legislador brasileiro em se abster de edictar regras jurídicas a esse propósito.

A ação que se funda no art. 709, II, é *declarativa.* Alguns sistemas jurídicos estrangeiros falam de ação para fazer cessar a servidão, mas tal ação desnaturaria a regra jurídica do art. 709, II. Qualquer pretensão ao desaparecimento da passagem é pretensão a que fâcticamente não se use da passagem. Nada obsta a que o dono do prédio serviente exercite ação petitória ou possessória.

No direito brasileiro, como no direito alemão, superou-se o princípio, que se tirava de POMPONIO (L. 4, D., *de servitutibus,* 8, 1), da incondicionabilidade e da atemporalização da servidão:

"Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione neque ad certam condicionem (verbi gratia "quandiu volam") constitui possunt". As determinações mexas podem ser adotadas.

Quando a servidão foi constituída sobre prédio de propriedade fiduciária (Código Civil, art. 1.734), ou, em geral, de

-propriedade resolúvel regida pelo art. 647, extingue-se quando se extingue a fiduciariedade, ou advém o término ou condição resolutiva a que se refere o art. 647. *Resoluto inre da.ntis, resolvitur* d *jus accipientis.* Em tOdas as espécies pré-exclui-se que tenha havido gravame do prédio, pelo alienante. Se o houve, a servidão perdura, porque atingiu qualquer proprietário, no tempo. Se o alienante ou o fiduciário não previu a continuação em caso de caducidade do fideicomisso, cessa, ainda assim, a servidão (cp. art. 647).

7. (h) SERVIDÃO DE OBRAS. Segundo o art. 710, II, a servidão extingue-se "pela supressão das respectivas obras, por efeito de contrato, ou de outro titulo expresso". Vale dizer-se: se a servidão se exerce por instalações é preciso que e dono do prédio dominante *anua* na supressão delas para que a servidão se extinga; mas tal anuência, em "contrato", ou "outro titulo expresso", precisa ser levado ao registro para o cancelamento. Se não há "contrato", ou "titulo expresso", a supressão da instalação apenas cria fato em contradição com o registro, assunto que se trata, no direito brasileiro, conforme o

principio da prevalência do mundo juridico. A extinção depende, sempre, de cancelamento.

8.(i) NÃo-uso. O *non usus,* durante dez anos, é causa de extinção (art. 710, IN). Nas servidões afirmativas (contínuas ou discontínuas), começa-se a contar o decênio do momento em que cessa o exercício; *e. g.,* deixa de tirar água da fonte, cai o aqueduto, fechou a passagem. Nas servidões negativas, desde que o dono do prédio serviente pratica o ato que não devia praticar. Não importa se houve, ou não, fOrça maior para o não-uso. O exercício, que interrompe o curso do decênio, pode ser por pessoa que represente o dono do prédio dominante, ou por terceiro, que o pratique como exercício do direito de servidão. Se o prédio dominante é comum, basta, para a interrupção, que o pratique um dos comuneiros. ~ contra um deles não corre o prazo, a suspensão aproveita a todos. Não há extinção pelo *non usus,* sem cancelamento.

Se a servidão se estende por dois ou mais prédios, discute-se se há tantas servidões quantos são os prédios servientes, ou se é uma só a servidão com pluralidade de sujeitos passivos totais. A solução do direito romano , a julgar-se pelo que diz ULPIANO, na L. 18, D., *si servitutibus praediorum rusticorum,* 8, 3, era a última: "Una est via et si per plures fundos imponatur, cum una servitus sit. denique quaeritur, an, si per unum fundum iero, per alium non per tantum tempus, quanto servitus amittitur, an retineam servitutem? et magis est, ut aut tota amittatur aut tota retineatur: ideoque si nuilo usus sum, tota amittitur, si vel uno, tota servatur". Em português:

"A via é única, se bem que se imponha por muitos fundos, pois que é una a servidão. Finalmente, pergunta-se se, se eu passar por um só fundo e não por outro, por tanto tempo quanto o que é de mister para se perder a servidão, reterei acaso a servidão? E mais certo é que ou se perde tOda, ou tOda se retém; por isso, se não usei dela por nenhum fundo, tOda se perde, se só por um, tOda se conserva". A construção romana mais se afeiçoava à sua filosofia e não se presta aos sistemas jurídicos, como o brasileiro, que se ventilaram com o relativismo filosófico. Há tantas servidões quantos são os prédios servientes. Se a servidão poderia nascer sOzinha, isto é, para um só prédio, sOzinha pode extinguir-se. Se o *non usus* pode só ocorrer para um prédio e ocorre, só a respeito dele se pode cogitar; porque, *ex hypothesi,* continuou o *uns* para os outros prédios.

(O não-uso nada tem com a prescrição. Enunciados corno o do Código Civil italiano, art. 1.078, "La servitú si prescrive quando non se usa

per venti anni", é de impropriedade gritante. ~Como poderia prescrever direito? O

que se passa é que a servidão se extingue se não se usa durante os prazos que a lei marca. É pena que se não haja prestado atenção a O. CHIovENDA, *Principi,* 61, a A. CICu, *Servitit prediali,* 310 s., e a L. BA à itÃssí, *1 Diritti reali timitati,* 852 5.; incidindo-se no erro de GIUSEPPE PUGLIESE, *La Prescriziorte nel diritto civ «e,* II, 28 s.,

L.Covmnx.o, *Le Seniti~ prediali,* 859 s., W. D"AVANZÓ, *La Prescrizione,* 331 s., e E CARNELUTrI, *Usucapione deita proprie* tã *industriale,* 12 s. O Código Civil brasileiro evitou-o aí e noutros lugares; mac há reminiscência no art. 739, VI. No Código Civil italiano, art. 2.934, fêz-se foros de convicção o erro, com tOdas as conseqüências da imperdoável confusão.)

A regra jurídica do art. 710, IN, nenhuma distinção faz quanto às servidões contínuas, discontínuas ou intermitentes, nem quanto as que precisam, ou não, para o seu exercício, do fato do homem.

É preciso que se não confundam o *exercicio* da servidão e os *meios* de exercício.

Se o *conteúdo* do direito de servidão se exaure em *non /a.cere* do proprietário do prédio serviente (servidão negativa), a conservação da inércia é posse da servidão. Não se pode falar de não-uso: *status quo* é uso, se foi impOsto inicialmente, o que resulta da própria constituição da servidão negativa, como a servidão de não abrir janela. Passa-se o mesmo com as servidões de prospecto, de ter árvore ou beiral a distância menor da legal, com a servidão de estilicídio, com a de cloaca e com as servidões semelhantes.

Se a atividade humana não é necessária ao exercício, só a mudança no status *quo* pode mostrar o não-uso: há posse, há exercício, sem ser por ato. Só o ato de outrem, incompatível com a situação iniciada e conservada, pode turbar ou esbulhar a posse, ou fazer a inércia significar *non usus.* Há, porém, um ponto, que merece tOda a atenção: não só o ato do dono do fundo serviente, do enfiteuta, do usufrutuário, do usuário, do habitador, ou do possuidor do fundo serviente se pode ter como contrário ao exercício, de modo a ter-se de ver, na inércia, não-

-exercício; também pode provir de terceiro, ou se tratar de simples fato não-humano, de puro acontecimento do mundo láctico *(e.* g.: a barreira, caindo, desviou as águas; o incêndio destruiu as árvores,

sendo de sombra a servidão; a cumieira quebrou-se e derrui o andar superior, na servidão *altius toliendi).*

Nas servidões discontinuas ou intermitentes, o *non usut* começa no momento em que se deveria praticar o último ato e não, se praticou. No intervalo entre o que seria o penúltimo ato e o momento em que se teria de praticar o último ato, nenhuma atividade seria de exigir-se como ato de exercício.

O não-uso acordo a preclusão do direito: extingue-se a servidão como direito real limitado, O prazo nada tem com os prazos prescripcionais. Não se pode pensar em interrupção do prazo do art. 710, IN, por ato de reconhecimento do direito, judicial ou extrajudicial (art. 172, V) do dono do prédio serviente ou outro sujeito passivo do direito de servidão, tanto mais quanto o sujeito passivo é total. O ato de reconhecimento interrompe a prescrição das pretensões petitórias e possessórias; não o curso do prazo preclusivo do art. 710, IN. Se o dono do prédio serviente, ou outro sujeito passivo do direito de servidão, ou terceiro, ou fato não-humano *impede* que o titular do direito de servidão o exerça, ou êsse o remove, ou, não podendo fazê-lo, sem risco, por ato próprio, pode pedir a remoção à justiça: então, a petição é meio para a remoção e a prestação jurisdicional ato removedor do obstáculo. Não se pode deixar de considerar o ato de pedir como comêço de remoção e, pois, início de exercício. Porém seria erro, que os juristas romanos não cometeriam, ter-se tal atendimento como resultado de incidência do art. 172, 1, do Código Civil: não é a citação pessoal, aí, que interrompe, como se daria se a espécie houvesse de se reger pelo art. 172, 1; há ato necessário de iniciação do uso. A propositura da ação declaratória não teria tal conseqüência : porque não se exigira remoção de obstáculo. E isso acontece, no próprio plano da prescrição, quanto às pretensões e ações por inadimplemento. Quanto às ações de condenação, ou com eficácia imediata de condenação, a interrupção de não-

-uso somente ocorre, a partir da propositura, se a sentença condena, com fOrça ou eficácia imediata de condenação, e sobre-vêm *execução.* Quem inicia interrupção do não-uso, pela necessária propositura de. ação, somente pode objetar que foi tempestivo o exercício se vem a completar o ato que a propositura da ação iniciara. A propositura inicia interrupção; não interrompe. Interrompido foi o não-uso se a ação prosseguiu e se vHo a remover o obstáculo ao uso. Removido, começa de correr nOvo prazo. Daí podermos sintetizar o que dissemos: o elemento final, com que se completará o ato inicial, há de ser de *execução,* forçada, ou voluntária. Se tal execução acontece, a interrupção *foi* à data do ato inicial. Tem-se de repelir a afirmativa de

que toda propositura de ação condenatória tenha a eficácia de interromper e que se complete o ato interruptivo com a condenação. Quem propôs a condenação do criador do obstáculo, ainda se foi êsse o dono do prédio serviente, e vencedor não executou a sentença, não removeu obstáculo. Se o prazo do decênio se completa sem que se use a servidão, o art. 710, IN, incide. Se se executa a sentença, e o uso não se inicia, nôvo prazo começa de correr. Tudo isso mostra como é perigoso, além de errado, chamar-se prazo de prescrição ao prazo de não -uso.

O protesto, que se faça segundo o art. 172, II, nenhuma influência tem no tocante ao prazo do art. 710, IN. O

protesto, com a declaração comunicativa de que se vai propor a ação, vindo essa nos trinta dias de que fala o art. 677 do Código de Processo Civil, por ter sido empregado *cautelar* e *preparatória,mente* e como início de remoção, serve de ponto de interrupção, se a execução sobrevém. ULPIANO, na L. 8, § 4, D., *si servitus vindicetur vã ad alium pertinere negetur,* 8, 5, pôs as bases do princípio quando disse que, vencendo a ação o titular da servidão, que não exerceu o direito durante a demanda, fica com a servidão.

O art. 172, IN, é sem qualquer pertinência. Todavia, o herdeiro que se apresenta ao juízo do inventário para haver a posse imediata do bem, por não estar usando a servidão o herdeiro de posse da herança, ou o inventariante, e faz citar o dono do prédio serviente ou outro sujeito passivo do direito de servidão, e persiste em suas reclamações até obter a execução, pode alegar que o prazo se interrompeu no momento em que praticou, eficazmente, o ato inicial.

O ato judicial que constitua em mora o devedor (art. 172, IV) somente pode ser ato inicial de remoção do obstáculo se preparatório e ligado a série de atos que chegaram à execução.

Quanto a suspensão, temos de admiti-la, embora não seja de invocar-se o art. 169, 1-111; nem, a *fortiori,* o art.

47 do Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, ou o art. 15 do Decreto-lei n. 7.526, de 7 de maio de 1945, nem o art. 180 do Decreto n. 22.867, de 27 de dezembro de 1986, ou o art. 48 do Decreto n. 85.448, de 12 de maio de 1954, nem o art. 4□O do Decreto -lei n. 9.228, de 8 de maio de 1946.

Nas servidões *de futuro,* somente quando comece a usabilidade se pode falar de não-uso. Idem, se houve cláusula suspensiva ou termo

suspensivo (cf. arts. 118 e 123; cp. art. 170, 1 e II).

Quanto às causas que são invocáveis como de suspensão (arts. 168, 1-1V, e 169, 1-111), podem ser interruptivas do prazo do art. 710, IN, porém não porque se mencionem naqueles arts. 168, 1-1V, e 169, 1-111.

Se o dono do prédio dominante é um dos cônjuges e o dono do prédio serviente é o outro cônjuge, o uso ou é por ambos, ou é pelo que está de posse do bem, ou por terceiro, também titular do direito de servidão (enfiteuta, usufrutuário, usuário, habitador), ou por possuidor imediato não titular de direito real limitado. Seja como for, enquanto há a sociedade conjugal, o fato de não-uso não pode ser alegado, a seu favor, pelo outro cônjuge. A situação é semelhante à que se compõe quando os dois prédios vêm a pertencer à mesma pessoa.

Quanto aos incapazes de que fala o art. 52 do Código Civil (absolutamente incapazes), a L. 10, pr., D., *quemadmodum servitutes amitturttur,* 8, 6, não só reputou que foi "impedido" de exercer o incapaz, como também fêz interrompido o prazo para o condômino capaz: "Si communem fundum ego et pupillus haberemus, licet uterque non uteretur, tamen propter pupillum et ego viam retineo". O fundamento somente pode ser o de equidade, ou o de analogia com o art. 558. Passa-se o mesmo em relação ao art. 169, II e IN.

No tocante ao art. 168, II e IN, a *ratio legis* para a remissão que lhe faz o art. 558 é a mesma que se tem para se admitir que se suspenda o prazo durante o tempo em que o administrador dos bens é, no momento, o dono do prédio sujeito a servidão. O titular do pátrio poder, o tutor e o curador que teria de usar ou providenciar sobre o uso não pode alegar que esteve a correr o prazo preclusivo, pelo fato do não-uso.

Se o dono do prédio serviente, ou outro sujeito passivo do direito de servidão, é credor anticrético, depositário, representante ou órgão de pessoa jurídica, ou possuidor em nome alheio, no que concerne ao prédio dominante, a falta de uso não pode ser alegada, porque tudo se teria passado como sendo atos de tolerância .

Qualquer suspensão ou interrupção a favor de um dos condominós aproveita ao outro. Não há *representação* dos condôminos entre si; nem solução de eqUidade : o fundamento está em que a servidão é indivisível e inerente ao prédio (arts. 695 e 707). O uso pelo

possuidor, seja justa, ou injusta a posse, pelo servidor da posse, fora das ordens que teve, pelo enfiteuta, pelo usufrutuário, pelo usuário, pelo habitador, aproveita ao dono do prédio. Em conseqüência , a interrupção ou suspensão, quanto a qualquer deles, beneficia os outros, desde que o exercício *teria sido* a titulo de servidão. Se os atos de uso n~o seriam a título de servidão , cumpre distinguir-se: a) se o uso *foi* como ato simplesmente tolerado, portanto a titulo precário , ou com fundamento em relação pessoa], sem que o utente devesse exercer a servidão como possuidor imediato cuja posse provelo do dono do prédio dominante, ou de outro titular do direito de servidão, não pode êsse fazer seu aquêle uso não-específico; 14 se o titular do direito de servidão está a reivindicar o prédio e o poastúdor do prédio, demandado na ação, não usa a servidão , mas *foi* citado o dono do prédio serviente, a espécie é de tratar-se como se disse a propósito das ações contra o sujeito passivo do direito de servidão , tendo havido obstáculo ao exercicio. A usurpação, enquanto pende a demanda, 4 obstáculo; e a citação do sujeito passivo do direito de servidão é ato inicial de interrupÇÃO do não-uso.

Discutia-se se o -uso determinava, de si só, a extinção da servidão, como sustentavam *C.* F. WÁLÇH

(Introductio in controversias juris civilis, sec. II, c. IN, § 3.0), A. F. MALLINKROT e ORE. GL. HAUBÚW, nota a *J.* H. DE BERGER *(Oeconomia luris,* 1, 354), ou se era preciso que, do lado do dono do prédio serviente, houvesse usucapião de liberdade (usuca *pio libertatis),* como na esteira de F, E. PUFENDoEF J.

RÃv~ *(Principia univers. dootrinae de Prae8criptione,* § 109) e E.E. KLEIN *(Merkw-ardige Rechtspruehe,* II, 89 e.). Outros distinguiam, acertadamente, as servfddes rústicas e as urbanas, sendo necessário, quanto a essas, a *usucapio* (A. FÃan, H. Gi?HANIUS, *L.* VITaIS, R. FORNERIUS, J. Vorr, W. A. SCH§n, A. E. *J.* THwÃu¶j.

Cf. L. 6 e L. 7, D., *de Bervitutibus praedic rum urbanorum,* 8, 2, e L. 13, O., *de servitutibus,* 8, 34 (K A. VON

GRos, *Gesckichte der Verjtihrung, 79,* que mostrou n5o haver contradição entre os dois primeiros textos e o último).

tisuecipio libertatis foi a usucapião do que corresponderia à servidão, pela posse, à semelhança da usucapião do dominio. Na L. 82, pr., *O., de servitutibus praediorum urbanonsm, 8,* 2, JULIÁNO diz que, em caso de servidão *non aitius toUendi,* se o sujeito passivo da servidão pede, em precário, para as levantar, e assim permanece até completar o

tempo a edificaçAo, usucape éle a liberdade (“libertatem ... usucapiam”). Na L. 17, D., *communia praediorum tam urbanorum qitam rusticorum, 8, 4,* PAPINIANO pré-exclui a *neucapio Libertatis* quanto a servidio rústica (cf. O. RÃRLOWA, *Rámieche Rechtsge8chiohte,* II, 548).

No sistema jurídico brasileiro, tem-se de afastar, enêrgicamente, toda a possibilidade de *usuca)pio libertatis.* O

não-uso determina a extinção da servidão. Quem usucape o fundo serviente pode usucapi-lo livre, ou com a servidão, como quem úsucape o prédio dominante pode usucapi-lo com au sem a servidão. Não há, ai, qualquer *usucapio libertatis.* Quem usucape o prédio, sem a servidão que havia, usucape prédio livre, não liberdade. Quem assiste à extinção da servidão, que havia em seu prédio, assiste à consolidação da propriedade, não a usucapião de liberdade.

O tempo de não-use transcorrido para os precedentes proprietários do prédio dominante, ou para quem devia ou podia exercer o direito de servidão , soma-se ao que corre para o proprietário de agora (L. 18, § 1, *D., quemadmodum servitutes amittuntur, 8,* 6: "Tempus, quo non est usus praeoedens fundi dominus, cxxi servitus debetur, imputatur ei, qul in etus laco successít"). Não é preciso que entre eles haja sucessão, o que se poderia tirar do texto de PAULO: quem não tinha a posse do prédio não poderia exercer a servidão e só o ato inicial ou o ato completo de remoção do obstáculo poderia apagar o não-uso que sobreviesse. Por outra lado, se a servidão foi usada pelo que não tinha direito à propriedade, durante algum tempo, ou durante todo o tempo que precedeu, coma servidão , uso houve, e não há pensar-se em incidência do art. 710, IN. O uso pelo esbulhador aproveita; aproveita o uso pelo herdeiro aparente; aproveita o uso pelo que tem título nulo ou registro retificável do prédio dominante.

Se o prédio serviente está em mãos de terceiro, de modo que o proprietário, que outorgara o direito de servidão, não pode dar o exercício ao titular do direito de servidão, tem êsse de propor a ação, com o título que tem, que há de ter obtido registro, ou, se se trata de caso do art. 698, para poder exercer, contra o terceiro que lhe impede o uso, sendo litisconsortes o outorgante do direito de servidão e o terceiro. A eficácia interruptiva é desde a citação: se a sentença fêr favorável, tudo se passa conforme os princípios já expostos; se favorável ao terceiro, mas desfavorável ao outorgante, ou vice-versa, nao importa: o que importa é que seja favorável ao titular do direito de servidão.

Se a servidão foi constituída sob condição suspensiva, ou a termo inicial, e o prédio serviente, durante o prazo legal (arts. 550 e 551), foi possuido por terceiro, sobrevindo usucapião, surge problema delicado. O titular do direito de servidão em que há condição suspensiva ou termo inicial não pode interromper o não-uso, porque não-uso somente há da parte de quem poderia usar. Por outro lado, a ação declaratória, que propusesse, não interromperia o prazo de

usucapião do prédio serviente. Usucapir o domínio é usucapir o todo, ainda se gravado:

adquire-se com ou sem o gravame. Mas o art. 553 admitiu para a usucapião do domínio as causas de suspensão e de interrupção que se mencionaram para a prescrição e entre as causas tidas como de suspensão está a pendência de condição suspensiva ou a existência de termo inicial (art. 170, 1 e li). Se a servidão consta do registro, com condição suspensiva, ou termo inicial, não pode o terceiro usucapir o domínio livre dessa servidão. A respeito, é de evitar-se a influência de leituras estrangeiras *(e.* g., para o direito italiano, N.

COvIELLO, *Manuale, 4~a* ed., 467 s.; G. BRANCA, Deile Servitú prediali, *Commentario,* IN, fiOs).

Nas servidões afirmativas, em que, para o exercício da servidão, é de mister que o titular *construa,* a falta da construção é materialmente impeditiva do uso. Não se pode abrir janela em prédio que ainda não se fêz, nem sair com automóvel de garagem que ainda não foi construída. Pergunta-se: se não se constrói, ou não se estabelece a situação, que torne possível o exercício da servidão, e transcorre o prazo para a extinção das servidões, a essa servidão se extingue? POMPÔNIO, na L. 19, pr., D., *quemadmodunt servitutes amittuntur, 8, 6,* frisou que, se, ao vender fundo, pus cláusula de poder por aquela parte conduzir água ao restante do meu fundo, e passar o tempo de máximo não-uso antes de cavar o leito, nada perco do meu direito, porque não houve nenhuma passagem para a água; mas, se houver feito a via, e não a houver usado, perco-o (cf. RUDOLF ELvERS, *fie rãmische Servitutenlehre,* 209 s.). Tem-se de distinguir: ou a) a servidão foi concebida *de futuro,* ou sob condição suspensiva, ou a termo inicial; ou *b)* não no foi. Na espécie *a),* a solução romana é perfeita; na espécie b), não:

quem havia de fazer as obras desde logo, ou conforme o prazo que o projeto tinha para se iniciar a construção, acordo com as conseqüências da protelação; se as obras foram iniciadas, interrompeu-se por ato inicial de uso o curso do prazo, mas sob a condição de se completar o ato antes de transcorrer o prazo para a extinção da servidão. Não se pode, em *b),* raciocinar como em a), onde há servidão *de futuro,* ou sob condição suspensiva, ou a termo inicial. O que se disse sobre obras entende-se quanto a outros encargos. Quanto às outras espécies, que acaso surjam, o raciocínio há de ser o mesmo.

O princípio da extinção pelo não-uso (art. 710, IN) é cogente. Não se

pode estabelecer que o não-uso, durante o prazo do art. 710, IN, não acordo a extinção. Isso nada tem com a inserção de determinações mexas (condição suspensiva, termo inicial), nem com os prazos para, já havendo uso, se fazer reconstrução do que é indispensável a continuação do uso: a reconstrução, dentro do prazo, uso é. Por outro lado, a cláusula de ser de menos ou de mais tempo o prazo extintivo é nula. Pode, porém, inserir-se a cláusula de haver determinados atos de uso necessário em períodos ou estações.

Se a extinção ocorreu, sem ainda se haver cancelado o registro da servidão, nem sentença, que a declarasse, qualquer negócio do dono do prédio serviente que afirme a existência da servidão se interpreta como constitutivo, devendo ser averbado no registro antigo, ou registrado de nôvo; salvo se o ato é de reconhecimento de ter havido uso, o que desmentiria o que, *ex hynothesi,* se pusera como premissa (não-uso durante o prazo extintivo).

O terceiro que pode alegar o domínio do prédio serviente pode alegar a extinção da servidão pelo não-uso.

As servidões coativas extinguem-se pela cessação da *necessidade* que estêve à base da pretensão à constituição delas. Não ocorre o mesmo quanto às servidões voluntárias: a desnecessidade, aqui, dá ensejo a não-uso e é preciso que o não-uso se prolongue pelo tempo de que falam o art. 698 e parágrafo único, para que a servidão se extinga. Se o direito de servidão não pode mais ser exercido ou seu exercício seria apenas fictício, não se pode pensar em *unia.* Se a *utilitas* acabou, não há uso. *A fortiori,* se ocorre impossibilidade de uso. O que importa é saber-se se uso houve, ou não houve. Se algo da *utilitas* perdura e foi possível usar-se, não se extingue a servidão. A impossibilidade parcial ou a diminuição da utilidade não basta para que não se use, de modo que o uso parcial uso é. No caso de mudança de lugar, ou o dono do prédio serviente faz a remocão (art.

708), ou a exige o titular da servidão, ou ocorrerá o não-uso. A impossibilitação absoluta da serventia pode dar ensejo a ação declarativa.

Se circunstâncias surgem, que tornem impossível, temporàriamente , o uso, como se o prédio serviente vai ser reconstruído, a servidão *quiesce,* aquieta-se, fica tranqüila (tranquilia, quietEulius), quêda. t o fato da *quiescência* (Tomos V, §§ 534 e 587, 1, e XI, § 1.180), quietude ou adormecimento da relação jurídica. O

direito de servidão não se extingue, dormita. Reconstruido o prédio,

ou reestabelecido o estado de fato que permite o uso, ou se usa e nenhuma questão surge, ou não se usa e o prazo inicia-se desde o momento em que se poderia usar e não se usou. A restauração que não permita o uso, essa, porque implica obstáculo, faz iniciar-se o prazo do art. 710, IN, ou o titular do direito de servidão propôs a ação para iniciar, com a remoção do obstáculo, o uso. O assunto já foi tratado antes.

Se a demora é de dez anos, a servidão pode extinguir-se se nenhuma medida que *inicie à* ato de uso é tomada, salvo se o dono do prédio serviente pede dilatação do prazo para as obras, o que equivale a ato de inicio de remoção do obstáculo por parte do titular da servidão, pois que tem êle de consentir. Tudo se passa como se houvesse termo suspensivo.

9.(j) ATOS OPOSTOS DO DONO DO PRÉDIO SERvIENTE. A prática de atos incompativeis com a servidão, por parte do dono do prédio serviente, tem como conseqüência a entrada de tais atos no mundo jurídico como atos ilícitos. Nascem ao dono do prédio dominante as ações petitórias e possessórias. Se houve anuência ou se ocorreu a prescrição de tais ações, ali o direito extingue-se, pela renúncia tácita ou indireta, aqui, não há preclusão do direito, mas prescrição da pretensão. Mas, ali, é preciso que se dê o cancelamento, para que tenha efeito real a extinção da relação jurídica. Aqui, pois que não houve o uso, incide, ao tempo, o art. 710, IN.

10. (k) DESAPROPRIAÇÃO . A servidão é desapropriável .

Comecemos por lembrar que a desapropriação é causa de extinção, e não de aquisição. Desapropriando, o Estado tira o domínio ou direito real limitado, ou simples direito pessoal, ao patrimônio da pessoa que sofre a desapropriação, sem que esteja implícito que *adquiriu* o que ao demandado retirou. O fato da aquisição rege-se por seus princípios próprios, uma vez que desapropriar não é transferir.

A desapropriação pode a) ser do prédio dominante, portanto com desapropriação do direito de servidão, que é incluso, ou lO ser desapropriação do prédio dominante *mais* renúncia ao direito de servidão, o que se há de entender sempre que inútil a servidão para o aproveitamento do prédio conforme a destinação constante do ato de declaração de desapropriação, ou *e)* ser desapropriação do prédio serviente sem desapropriação do direito de servidão, caso em que a ação de desapropriação somente se dirige contra o dono do prédio

serviente, ou *d)* ser desapropriação do prédio serviente *mais* desapropriação o do direito de servidão, caso em que são demandados o dono do prédio serviente e o dono do prédio dominante, ou *e)* desapropriação do direito de servidão, o que liberta o prédio serviente, ou 1) desapropriaÇÃO de elemento do uso do prédio para se constituir servidão, por necessidade pública, utilidade pública, ou interesse social, figura jurídica dupla com que se retira algo à propriedade (ao exercício da propriedade) do prédio para se constituir a favor de outro prédio servidão (sentença constitutiva negativa e constitutiva positiva).

Diz o art. 708 do Código Civil: "Salvo nas desapropriações, a servidão, uma vez transcrita, só se extingue, com respeito a terceiro, quando cancelada". Transcrita, ou inscrita, entenda-se.

A referência do art. 708 deve ser entendida como simples dispensa do cancelamento. Se foi desapropriada a servidão, a publicidade da declaração de desapropriação, a da sentença de fixação do valor (Decreto-lei n.

3.365, de 21 de junho de 1941, art. 24) e a da sentença final (Decreto-lei n. 3.365, art. 29), que se há de transcrever, ou a publicidade do acordo, que também há de ser transcrita pareceram suficientes para se dispensar o cancelamento. Por onde se vê quão de pouco alcance é a ressalva do art. 708. Se a desapropriação foi para se fazer de todos o que era servidão, a servidão não se extingue com a eficácia da desapropriação; *aliter,* se foram desapropriados, com tal fim, o prédio serviente e a servidão.

11.(1) AQuIsIÇÃO DO PRÉDIO SERvIENTE LIVRE DE SERVIDÕES . Pode dar-se que o adquirente do prédio serviente o haja adquirido sem servidão, como se, ao tempo em que o adquiriu, estava injustamente cancelado o registro da servidão, O terceiro adquire .o prédio livre; portanto extinguiu-se a servidão.

12.DIREITOS DE TERCEIRO. Diz o art. 712: "Se o prédio dominante estiver hipotecado, e" a servidão se mencionar no titulo hipotecário, será também preciso para a cancelar o consentimento do credor". Tirou-se do Código Civil do Cantão de Zurique, art. 250, através do Projeto de COELHO RODRICUES, art. 1.555.

Se o cancelamento foi feito sem haver a declaração de vontade do credor hipotecário, é relativamente ineficaz (= só-mente quanto a êle

não é eficaz). O oficial do registro pode exigir tal declaração de vontade. Se há impossibilidade de obtê-la, por estar ausente ou em lugar desconhecido, pode o juiz mandar que se registe o cancelamento, com a ressalva, que é, aliás, declaratória da falta de consentimento do credor hipocário.

§ 2.230. Liberação sem extinção da servidão

1.DivisÃo Do PRÉDIO SERVIENTE. Se se divide o prédio serviente, todos os novos prédios são servientes.

Quando se divide o prédio serviente, e a servidão, por seu conteúdo, só atinge uma das partes (agora coisa), as outras coisas, em que se dividiu, não mais ficam sujeitas a servidão (liberação i *so iure* pela divisão). Se só uma parte era atingida, só essa é serviente, como prédio nôvo. Se se divide o prédio dominante, há tantas servidões quanto os prédios novos; se somente para um dos prédios novos é útil a servidão, extingue-se para os outros. Se a servidão supõe certa qualidade do prédio dominante e essa acabou, extingue-se a servidão (II. DERNEURG, *Das Biirgerliche Reeltt,* ~ SY ed., 566, s.). Todavia, se o prédio dominante poderia ser, agora, elevado de outros andares, o que antes as leis municipais impediam, não se extingue a servidão de não construir mais alto o prédio serviente (O. WARNEYER, *Kommentar,* II, 244). Não há regra jurídica que beneficie com a servidão o que se uniu ao prédio dominante se se agravaria a utilização. Se o prédio dominante não tinha direito a mais de x litros, com a parte que se lhe juntou não passou a poder exigi-lo.

Se lei de direito público estabelece altura mínima para os prédios da rua, acima da altura da qual começa a proibição de direito privado de elevar (servidão *altius non toliendi),* a extinção dessa depende de valer constitucionalmente aquela regra jurídica. Se vale, extingue-se a servidão. Todavia, tal extinção não se cancela antes de se julgar a ação em que se alegou ser contrária à Constituição a lei, ação que pode ser inscrita no Livro 4 do Registro de Imóveis (Decreto ii. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 281).

2.LIBERAÇÃO “IPSO IURE”. No caso de liberação *ipso iure* do que foi parte do prédio serviente, não se pode convencionar, antes ou após a liberação, que não se extinga; o negócio jurídico a respeito, antes ou depois, seria constitutivo de nova servidão.

3.UNIÃO DE PRÉDIOS E SERVIDÃO. Se o prédio serviente se funde a outro, a servidão é em todo o prédio, e não só sobre a antiga parte; se

não mais é útil, após essa fusão, a servidão, extingue-se ela com o não-uso.

4.CASOS ESPECIAIS. Se o prédio serviente se une ao prédio dominante, *e. o.,* se o dono de um herdou o outro e foi feito o registro da fusão, ou a união de um deles como parte integrante do outro, extingue-se a servidão (sem razão, MARTIN WOLFF, *Lehrbueh,* IN, 379). Se há a fusão dos dois prédios, porém não de uma parte, que se funde em outro, ou se faz coisa, a servidão sobre essa parte continua, a favor do prédio dominante ou da parte que formava o prédio dominante. Se a parte, que não se fundiu, ou se fundiu, ou se fundiu noutro prédio que o serviente, era do prédio dominante, essa parte, que se separou, persiste com o direito à servidão.

CAPITULO VII

AÇÃO DE USUCAPIÃO DE APARENTES SERVIDÕES

§ 2.231. Pressupostos

1.AÇÕES DERIVADAS DO ART. 698 E PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL. As ações derivadas do art. 698 e parágrafo único do Código Civil são ações declarativas, que se distinguem da ação declaratória do art. 2.0, parágrafo único, do Código de Processo Civil em que, nas ações declaratórias do art. 698 e parágrafo único do Código Civil, a carga de eficácia, exceto quanto à força mesma da sentença e a eficácia imediata e mediata, é diferente: há menos elemento de condenatoriedade, devido a não se alegar interesse na declaração, fundado em *negação.*

A citação ao dono do prédio serviente, se é conhecido, não se faz porque êle *negue* a relação jurídica, ou tenha procedido de modo a se interpretar que tácitamente a negou; daí o interesse jurídico na declaração ser implícito na exposição do direito de servidão, que se teria adquirido conforme o art. 698, ou conforme o art. 698, parágrafo único. O mandamento, que é ~ consiste, na ação declaratória típica, na eficácia de preceitação, a que se refere o art. 290 do Código de Processo Civil; na ação de usucapião de domínio ou de servidão, no registe-se com que se completa o fecho da sentença favorável.

2.PRESSUPOSTOS DA USUCAPIÃO DE SERVIDÕES APARENTES.

Os pressupostos necessários são: a) tratar-se de dois prédios, sendo alienável o prédio serviente; *b)* ser aparente a servidão; *e)* ter havido posse incontestada e contínua; *d)* ter durado essa posse, se houve boa fé e titulo justo, dez ou quinze anos, conforme era presente ou ausente (ou desconhecido) o dono do prédio serviente, ou vinte, se houve boa fé, porém não título, O registro faz aparente a servidão não-aparente, pela publicidade.

Exatamente na matéria dos pressupostos necessários é que se há de ter todo o cuidado para se não trazer ao estudo sistemático ou às decisões práticas o que corresponderia à época em que se cogitou da proteção interdital da posse das servidões, a despeito da proibição feita pela *lex Seribonia,* ou o que somente se havia de receber se o direito canônico tivesse de ser respeitado em todos os princípios, ou o que provém de adulterações posteriores com os conceitos intrusos, erradamente invocados, de prescrição, ou, por intempestivos, de tutela interdital, para a qual se exige a não-viciosidade da posse. (Mais uma vez se frise que não-viciosidade e boa fé não são conceitos perfeitamente coincidentes.)

3.APARÊNCIA DA SERVIDÃO E SERVIDÕES APARENTES.

O Código Civil, nos arts. 695-712 e no art. 509, somente cogitou de duas qualificações de servidões: aparentes e não-aparentes (arts. 509, 697 e 698) e contínuas e discontínuas (art. 509).

Quem alega ter usucapido a servidão tem de prová-lo. A servidão não se presume. A presunção é a da incolumidade do prédio (A. D. WEBER, *Uber die Verbindliehkeit zur Beweis fiihrung irn Civilprozess,* 132; E.

CHR. G. SCHNEIDER, *Voltswndige Lehre vom rechtlichen Reweise,* 434).

4.PossE DE SERVIDÃO E BOA FÉ. (a) Na doutrina do direito comum, exigiam-se ininterrupta posse, justidade (nec vi nec clam nec precario), boa fé. Abstraía-se do *justus titulus.* O uso era elemento exterior da posse, de modo que não bastaria *a* simples possibilidade de uso (cf. L. 20, D., *de servitutibus,* 8, 1; G.

BOSSERT, *Das Wesen des Servitutenbesitzes,* 15; TE. MuTHER, *Die Ersitzung der Servituten,* 42 s.; O.

SCHÕNEMANN, *fie Servituten,* 161). *Juris possessio,* dizia R. vot(JEERINO *(Der Besitzwifle,* 487) ; mas havemos de distinguir o *usus* e o exercício do direito. Tanto mais quanto o uso das servidões negativas nada tem de ato humano. Por outro lado, na concepção da posse, o sistema jurídico brasileiro abstrai do *corpus,* permitindo posse a que não correspondeu uso, como se a servidão é *de futuro.*

As fontes falam de *longa quasi possessio, longa consuetudo, longi temporis consuetudo, diuturnus usus* (L. 10, D., *si servitus vindicetur vel ~zd alium pertinere negetur,* 8, 5; L. 1, ~ 23, D., *de aqua. et aquae pluviae areendae,* 39, 3; L. 5, § 3, D., *de itinere actu que privaM,* 43, 19). Por essas passagens sabe-se que no direito romano posterior se urdiu teoria da aquisição das servidões pela posse, pela usucapião, retomando-se o caminho anterior *à lex Soribonia* (PAULO, L. 4, § 29, *O., de usurpationibus a usucapionibus,* 41, 3), mas sempre houve dúvida quanto àextensão (cf. CHR. FR. VON GLtYCK, *Ausfiihrtiche Erlãuterung der Pandekten,* IX, 109; M. L. HEDEMANN, *tiber den Erwerb*

-und Schutz der Servituten, 2 s.; Orro KARLOWA, *Rõmische Rechtsgeschichte,* II, 545), se bem que M. L.

HEDEMANN, devido *à* L. 10, § 1, D., *de usurpationibus et usuca~pionibus,* 41, 3, haja negado, até, que se tenha tido tal teoria (contra, TH. MUTEER, *Die Ersitzung der Servituten,* 1 s.) ; e a discussão sobre as servidões adquiríveis por usucapião prosseguiu até nossos dias (só as servidões contínuas, dizia a Glosa; contra isso, H. DERNB3IRG, .*Pandekten,* ~ 7.~ ed., 614, nota 10; só as positivas, L. BESSEL, tiber die Lehre von der Erwerbung der Servituten durch Verjährung, *Archiv fUr die civilistische Prazia,* 18, 412 s.; só as servidões ditas pessoais, S. ZIMMERN, em NEUSTETELZXMMERN, *Rõmischrechttiehe Untersuchungen,* 1, 112 s., mas, contra L. BESSEL, 18, 410, cf. C. L. E. LUDEN, *fie Lehre von den Servituten,* 209 s.).

5.BOA PÉ, REQUISITO NECESSÁRIO DA POSSE USUCAPIENTE.

(b) jExigia o direito romano a *bona fides* e o *iustus titulus?*

Para uns (a), só se adquiria a servidão, pelo uso, se havia boa fé, porque se exigia a *justa posses sio* e, exigindo-se essa, *bona fides* e *titzdus* estavam implicitamente exigidos *(e. g., O.* F. PUCHTA, *Vorlesungen, 866) :* não ser *vi, clam* e *precano* e ser *bona lidei* seriam o mesmo (A. BRINZ, *Lehrbuch, der Pandekten,* ~, 2.~ ed., § 197; Cmi. Fa. voN GLtYÇK, *Ausfúhrtiche Erlliuterung der Pandekten,* IX, 188). Mas outros *(b),* Cmi. Fa. VON

GLÚCK *(Aus/iihrliche Erlãuterung der Pandekten,* IX, 132 s.), L. BESSEL (tiber die Lehre von der Erwerbung der Servituten durch Verjährung, *Archiv fiir die civilistische Praxis,* 13, 395 s.), E. B. BUSÇH (Beiträge zur Lehre von der Ersitzung der Servituten, *Árchiv,* 81, 412 s.) e Ta. MUTHER *(fie Ersitzung der Servituten,* 16 s.), seguidos por E. A. W UNTERHOLZNER *(Ánsfiihrliehe Entwicklung der gesammten Veriährungslehre,* 174) procuraram fundar em textos romanos a afirmação de ser a boa fé pressuposto necessário, contra o que se dizia na doutrina dominante *(e.* g., B. WINDSCHEW, *Lehrbuch,* ~, 9.~ ed., 1090; RUDOLF ELvns, *fie ràmische Servitutenlehre,* 741 5.; H. DERNBURG, *Pandekten,* 1, 612 s.). Os textos invocados foram a L. 1, § 10, e a L.

1, § 19, *O., de aqua cottidiana et aestiva,* 48, 20, e a L. 25, O., *quemadmodunv servitutes amittuntur,* 8, 6.

ZIIELONACKI *(Kritische Erõrtencngen der Servitutenlehre,* 192) entendia que, para se considerar a boa fé pressuposto necessário, não se precisa de textos. Finalmente, há os que negam que se exigisse a boa fé (J.

BÃ4RON, *Pandekten,* 8.~ ed., § 169; H. DERNEURO, *Pandekten,* 1, 612 5.; E.WINDSCHEID, *Lehrbuch,* ~, 9Y ed., 1090; RUDOLF ELVERS, *fie rómieche Servitutenlehre,* 741 s.).

A opinião dominante está certa. A exigência da boa fé procede do direito canônico (e. 20 X *de praescript.,* 2, 26), muito embora C. G. voN WÁCHTER *(Pandekten,* II, 254) e O. E. PUCHTA *(Pandekten,* 93 ed., 294, nota *m)* reputassem não aplicável às servidões o texto canônico.

As afirmações em (a) são falsas e já o dissemos no Tomo X, §§ 1.077 e 1.129, 7. No tocante *à usucapio servitutie,* ZIMMERN, em NEUSTETEL-ZIMMERN *(Rómisehreehtliche Untersvehungen,* 1, 118 s.) e E.

STENDER *(fie sub jektiven Voraussetzungen des Erwerbs ciner Servitut durch Ersitzung,* 37 s.) foram decisivos contra O. F. PUCIITA e A. BRINZ.

A *bona fides* era tida, erradamente, por pressuposto necessário, devido à L. 25, *O., quemadmodum servitutes amitiuntur,* 8, 6, à L. „7, D., *de itinere actuque privato, 43,* 19, e à L. 1, § 19, *O., de aqua cottidiana et aestiva,* 43, 20, onde aparecem “suo iure uti se credidit” e “se putat suo iure uti” (EMIL HOFFMANN, *fie Lehre vou deu Servituteu,* 272; ZIELONACKI, *Kritische Erõrterungeu der Servitutenlehre,* 154, contra, F. B. BUSCII, Beiträge zur Lehre von der Ersitzung der Servituten, *Archiv fiir civilistische Praxis,* 31, 252; F. VON

SAVIGNY, *Das Recht des Resitzes, T~* ed., 480). Em verdade, aí havia confusão entre possuir *como* titular de servidão e possuir *crendo-se* tal (cf. O. BOSSERT, *Das Wesen des Servitutenbesitzes,* 41). Hoje, a boa fé é elemento necessário, porque o art. 698 faz remissão ao art. 551, onde se exigem titulo e boa fé. Na falta de título, rege o parágrafo único. Não há regra jurídica que corresponda ao art. 550.

A posse é acontecimento do mundo fático; apenas há de o possuidor possuir como se fosse titular de servidão, porque o que importa é o *poder táctico,* que se qualifique *(e.* g., de domínio, de usufruto, de uso, de habitação, de servidão), e não o poder jurídico (cf. BAPTIST MARET, *fie Acquisitiv-Verjdhriíng vou Grunddienstbarkeiteu,* 11 s.; A. RANDA, *Der Resitz nach oesterreichischem Rechte,* 43 ed., 670). É

pressuposto geral a boa fé.

A boa fé pode sobrevir e pode ser inicial. O justo título abrevia o prazo para a usucapião donde dizer o art. 698, parágrafo único, que, na falta de justo título, o prazo é de vinte anos.

A posse pode ser *ex injusta causa* e ignorá-lo o possuidor. A viciosidade da posse é relativa. O conceito de viciosidade é mais largo que o de má fé; e nem toda posse viciosa é de má fé, nem toda posse de má fé é viciosa (Tomo X, § 1.071, 7).

Na L. 10, pr., D., *si servitus vindicetur veZ ad alium pertinere negetur,* 8, 5, há "ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse". Na L. 1, O., *de aqua et aquae pluviae arcendae,* 39, 3, alude-se à não-vicio. sidade (pressuposto negativo), O pressuposto negativo do cabi. mento dos interditos foi incluído como pressuposto da usucapiãc

(3. Ft GÕSCHEN, *Voriesungen,* 23 ed., II, 266; BAPTIS1 MARET, *fie A cquis-itiv-Verjàhrung vou Grunddienstbarlceiten* 23; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch,* 1, 93 ed., 1090, nota 5). Certa. tamente, quem possui *vi, precario* ou *ciam,* por ser sua a violên. eia, ou a causa precária, ou a clandestinidade, provâvelmente esta de má fé (cf. RUDOLP ELvERS, *fie rãmische Servituten. iehre,* 746); mas a razão para se aludir à boa fé era outra, que antes se expôs.

No direito brasileiro, o que importa é apurarem-se o tempo e a boa fé. O direito romano pouco nos aproveita, nesse ponto, porque se trata de solução anômala, com que se queria obviar aos Inconvenientes da vedação da usucapião pela *tez Seribonia,* que, aliás, para uns, só se havia de referir às servidões urbanas, porque à data da edicção da lei

só elas eram usucapíveis (CARLO ARNÕ, *feita fi.stinzione tra te servitii rustiche ed urbane,* 288

s.), tese cujaciana, e para outros, só às rústicas, tendo os jurisconsultos estendido a vedação às urbanas (cf. A.

SCHUL. TINO, *Jurispr"udentia vetus anteiustinianea,* 256), e, finalmente para outros, a todas (assim, após JANO DA COSTA, *Praelectiones,* à L. 14, *de servitutibus,* e 3. D"AvEZAN, *Servitutum liber,* P. IX, cap. 4, em GR. MEERMANN, *Novus Thesaurus iuris civilis,* IV, 222, K. H. VON GROS, *Geschichte der Verjàhrung,* 20, E. Cmi. VON DAEELOW, *tiber die Verjãh~rung,* § 28, e C. O. WALCH, *De 8ervitutum praescriptione constitutiva,* § 4).

Ê preciso ter-se em vista que a usucapião posterior à *lez Soribonia,* que a eliminara, foi pretória. Nada tinha com a prescrição, e sim com a proteção da posse, expediente com que se atenuava a inconveniência da proibição da *lez Scribonia.* Daí ser submetida a princípios concernentes aos remédios possessórios. A assimilação à prescrição (oriunda, provavelmente , de O. SCHIFORDEGHER, em nota a A. FARER) é errônea e ainda hoje afeia sistemas jurídicos. Seja como for, não se tem de repetir o que se escreveu sobre solução emergencial, de certo modo *corrigendi gratia.*

Por onde se vê que a alusão à não-viciosidade revela regressão à época em que se protegeu, interditalmente, a posse, contra o que estabelecera a *lex Saribonia,* e intercalaria na teoria da usucapião das servidões elemento exótico.

6.JUSTO TITULO, REQUISITO NECESSÁRIO PARA SE USUCAPIR

Quanto ao *justus titulus,* alguns a) entendiam que as fontes romanas o exigiam, por ser o substrato da boa fé (Tn. MUTHER, *fie Ersitzung der Servituteu,* § 18; C. L. F. LuDEN, *Die Lehre von devi Servitut eu,* 169), argumento fraco porque não haviam provado ter sido pressuposto necessário a *bona lides* (cf. II. STENDER, *fie sub jektiven Voraussetzungen der Er"werbs einer Servitut durch Ersitzung,* 42). *b)* EMIL 110FF-MANN

(Civilisti.sche Versuche, 1, 3 s.) absurdamente quis distinguir as servidões rústicas e as urbanas. *o)* Outros negavam qualquer atinência ao título justo, o que somente resultara do direito canônico *(e. g.,* L. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandeicteu,* 83 ed., 807; RUDOLP ELVERS, *fie rõmische Servituteniehre,* 740; 3. F. R.

GÕSCREN, *Vorlesungeu,* 270).

O direito brasileiro abstrai da justidade da posse. Os elementos, que se têm de considerar, são a posse, a boa fé e o titulo, para a incidência do art. 698; se falta o título, incide o art. 698, parágrafo único, mas a boa fé é exigida. Não se disse no art. 698, parágrafo único, "independentemente de título e boa fé", como está no art.

550, mas, apenas, "se o possuidor não tiver título". Também do elemento *animus* abstrai o direito brasileiro.

7.ALUSÃO INTEMPESTIVA À "SCIENTIA" E "PATIENTIA". Quanto à *soieutia* ou *patientia domini,* alguns entendiam que o direito romano exigia que o dono do prédio serviente conhecesse e tolerasse a servidão, ou porque, sem isso, seria *clam* a posse, ou porque aparece na L. 2, C., *de servitutibus et de aqua,* 3, 34, o "eo sciente", que tantas dúvidas levantou. Em verdade, porém, a "scientia" somente funcionava, aí, como elemento de suporte fático da não-clandestinidade, o que sabemos ser generalização, pois há clandestinidade ciente o ofendido (11. DERNEURO, *Pandekten,* 1, 73 ed., 618). Por outro lado, a L. 11, § 1, O., *de Publiciana iurem actione,* 6, 2, e a L. 1, § 2, fl., *de servitutibus praediorura rusticorum, 8,* 8, nada têm com.

a usucapião de servidão. Nem "eo sciente" aludia ao título, como parecia a L. BESSEL (tiber die Lehre von der Erwerbung der Servituten durch Verjãhrung, *Archiv flir die civiflstische Pra,xis,* 13, 406), CHR. Fa. voN

GLtYCK *(Áusfiilzrliche Erltiuterung der Pandekten,* IX, 144) e TH. MUTRER *(fie Ersitzung der Servitut eu,* 29 s.). Para a usucapião de servidão não era preciso nem no é, no sistema jurídico brasileiro, a *scientia.* do dono do prédio gravando (CARL ALBERT, *tiber devi Besitz unkõrperlicher Sacheu,* 130; L. ARNDTS, *Lehrbuch.*

der Pandeictevi, 8,a ed., 308; 11. DERNEURO, *Pandekten,* ~, 73 ed., 618; RUDOLF ELvERS, *fie rômische Servituteniehre,* 742; E. WINDSCHEID, *Lehrbuch,* 1, 93 ed., 1090, nota 7). Temos de corrigir, portanto, o que escreveram MANUEL ÁLVARES PÊGAS *(Resolutiones Forenses,* 1, 934) e outros. Lendo-se a decisão do Desembargo do Pôrto, a 23 de junho de 1678, vê-se que o acórdão está certo porque só se referiu à clandestinidade, na matéria interdital, como se havia de julgar então, e foi o juiz de nome BORGES, que assimilou *scientia* e *patientia* a *uon. clam.* No agravo para a Casa da Suplicação, a 3 de

fevereiro de 1679, a referência só se faz à legitimação ao interdito. A nota de MANUEL LEVARES PÉGAS refletiu-se em AGOSTINHO DE BEM FERREIRA *(Suma da Instituta,* IN, 138).

No sistema do Código Civil, não se têm, de modo algum, de apurar *scientia* e *patientia.* O ato de contestação ou de interrupção (art. 698) pode fazer parar o prazo. Começaria nôvo prazo.

§ 2.282. Suspensão e interrupção da usucapião de servidões aparentes
1.SUSPENSÃO DO CURSO DO PRAZO E ART. 558 DO CÓDIGO CIVIL. A respeito da usucapião de servidões, o Código Civil não inseriu regra jurídica escrita. O art. 558 está na Seção que trata da usucapião da propriedade imobiliária e o art. 619, parágrafo único, fé-lo incidir a respeito de usucapião da propriedade mobiliária. Donde ter-se de saber se há as causas que suspendem ou interrompem o prazo para a usucapião do domínio são, por analogia, causas de suspensão ou interrupção do prazo para usucapião das servidões.

Ç~ preciso advertir-se que o problema da suspensibilidade e da interruptibilidade do prazo para usucapir a servidão nada tem com o problema de ser suspensível ou interruptível o prazo para se extinguir, pelo não-uso, a servidão. Ambos são prazos preclusivos, não prazos prescripcionais: a suspensão e a interrupção , segundo as regras jurídicas sobre prescrição, em virtude de princípios *a. priori,* não se daria se não houvesse os arts. 553 e 619 do Código Civil; não os há a respeito de extinção da servidão, O que temos de saber é se o art. 553 se há de interpretar como referente, também, às usucapiões de servidões.

A pessoa que adquire, por usucapião, a servidão, não a adquire de alguém; adquire-a originariamente . É certo que o titulo pode existir e ser alegado, para que o prazo de usucapião seja menor; mas tal titulo, *ex hvpothesi,* não criou o direito de servidão: quem já tem direito de servidão não precisa usucapir.

O cônjuge, durante a sociedade conjugal, não conta tempo para usucapir servidão. O tempo que correu durante a sociedade conjugal ou o que correu entre a retomada da. sociedade conjugal e a sentença que homologue a reconciliação (art. 323) não se conta. Dá-se o mesmo durante o pátrio poder. Se o titular do pátrio poder tinha posse *ad usucapioviem servitutis* antes de assumir o pátrio poder, suspende-se o curso do prazo. Se não a tinha, não se inicia. Diga-se o mesmo quanto à tutela e à curatela. Também o filho sob pátrio poder, ou o tutelado, ou *o* curatelado não tem posse *ad usucapionem* contra o titular do

pátrio poder, tutela ou curatela. Salvo se está em causa bem não administrado pelo titular do pátrio poder, pelo tutor ou pelo curador (art. 391).

O mandatário e o depositário do prédio sobre que se quer servidão não têm posse *ad usucapionem servitutis*.

O art. 169 incide. Não corre o prazo para usucapião contra incapazes de que trata o art. 59 (absolutamente incapazes), contra os ausentes do Brasil em serviço público da União, dos Estados-membros ou dos Municípios e contra os que se acharem servindo na armada, no exército e na aeronáutica nacionais, em tempo de guerra (Lei n. 19, de 10 de fevereiro de 1947; Lei n. 1.025, de 30 de dezembro de 1949; Código Comercial, art. 452).

O art. 170, conforme foi dito (Tomo XI, § 1.193, 3), contém tautologias.

2.INTERRUPÇÃO E ART 553 DO CÓDIGO CIVIL. Assente que se há de atender, por analogia, ao art. 553

do Código Civil, o art. 172 incide em matéria de usucapião de servidão. A espécie de que logo se há de cogitar é a da interrupção pela *perda* da posse, uma vez que é pressuposto necessário para a usucapião a posse continua (art. 698). Também interrompe o curso do prazo a citação se a ação possessória ou petitória vem a ser julgada procedente e se retira a posse.

O art. 698 fala de posse “incontestada” e “continua”.De que “contestação” se há de entender que interrompe o curso do prazo?

Se a contestação fosse apenas a que se faz no plano declaratório, bastaria que se citasse alguém em ação declaratória negativa de servidão para que se compusesse o ato interruptivo. A contestação que interrompe não é a simples negação, mas a. que exclui a posse (Tomo XI, § 1.193, 3). Contestação, no art. 698, é o mesmo que

“oposição” nos arts. 550 e 618.

O protesto, intimado, se foi preparatório de ação em que se pede retirada da posse, interrompe se a sentença for favorável e sobrevier a perda da posse.

3.MORTE E USUCAPIÃO . Morto quem está usucapindo a servidão, a

situação possessória, que êle tinha, passa aos herdeiros *(successio in usucapionem)*.

4.SUCESSÃO UNIVERSAL E SINGULAR ENTRE „VIVOS. Aqui, se a sucessão foi universal, deu-se *accessio,* e não *successio in usucapionem;* se particular, há *accessio possessionis* (art. 496, 23 parte). Se o possuidor posterior não é sucessor universal, nem singular, não há sucessão, nem acessão da posse.

5.SERVIDÕES NÃO-APARENTES. O registro faz aparecer a servidão não-aparente; torna-se possível a usucapião tabular.

CAPITULO VIII

PARTILHA, DIVISÃO, EXECUÇÃO CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÕES

§ 2.233. Juiz e decisões executivas-constitutivas

1.PosIçÃo DO PROBLEMA. ULPIANO, na L. 8, § *4, O., si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur,* 8, 5, disse:

“per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est declarari”. Poder-se-ia entender que nenhuma decisão judicial seria constitutiva de servidão; só declarativa teria de ser. Mas, se isso pré-excluiria as espécies em que há direito formativo gerador, de cujo exercício em juízo resultaria a constituição da servidão (porque, aí, se trataria de integração sentencial do tato de exercício do direito formativo gerador), liminar e radicalmente afastaria que se pudesse pensar em qualquer decisão com eficácia constitutiva própria.

O texto de ULPIANO, na L. 8, § 4, não pode ser interpretado como se fosse em geral. Estava êle a falar de *acUo confessoria* e por essa, evidentemente, não se pede ao juiz que constitua, mas sim que declare. Na L. 12, D., *de religiosis et sumptibus funerum fl* tU *funus ducere Iiceat,* 9, 7, o próprio ULPIANO tratou da servidão por *interpeliatio extraordinaria,* que seria a constituída para se ir ao sepulcro.

Surge, então, o problema: ~ sempre que se apresenta a *„necessidade* da servidão e se vai a juízo pode o juiz *constituir* fi servidão? Na técnica

romana e na do direito civil brasileiro, temos de distinguir a) os direitos de vizinhança, que preexistem à postulação e, pois, só se declaram, b) os direitos formativos geradores em que a constituição da servidão, provinda do exercício deles, apenas se integra judicialmente e *c)* as servidões que seriam constituídas pelo juiz fora dos julgamentos anteriormente referidos, em a) e em HELLFELD, segundo CUR. FR. „JON GLtYCK *(Ausfiihrliche ErWuterung der Pandekten,* IX, nova ed., 92) cria que, em quaisquer casos de necessidade, o juiz poderia constituir a servidão, o que, sobre ser vago, raspava as distinções de que acima se falou. A. DE LEYSER *(Meditationes ad Pandectas,* II, sp. 109, m. 9) entendia que o juiz tem poderes para constituir servidões sempre que a eqúidade o exija, desde que com isso se resolva lide pendente de longa duração. A alusão à longa duração não teria qualquer base. Aludiam eles: a) à L. 22, §

3, O., *familíae erciscundae,* 10, 2, onde se diz que, também quando adjudica, o juiz poderá impor servidão, de modo que faça serviente do outro o prédio que adjudica, mas, se adjudicou a outro um fundo, nao mais poderá adjudicar o outro (Sed etiam cum adiudicat, poterit imponere aliquam servituteni, ut ahum aln servum faciat ex 115 quos adiudicat: sed si pure alii adiudicaverit fundum, alium adjudicando amplius servitutem imponere non poterit) ; b) à L. 6, § 1, *13., de usu fntetu et quemadm.odum quis utatur petatur,* 7, 1, onde se explicita que também se constitui o usufruto no juízo da partilha e no de divisão da coisa comum, se o juiz adjudicar a um a propriedade e a outro o usufruto (Constituitur adhuc usus fructus et in indicio familiae erciscundae et communi dividundo, si iudex alii proprietatem adiudicaverit, alii usum fructuin) ; *o)* a L. 20, pr. O., *si servitus vindicetur vel ad oÃium pertinere negetur,* 8, 5, onde CÉVOLA supôs que a testadora tivesse casas juntas a fundo que legara e à pergunta sobre se, não seguindo elas o fundo, deveria o legatário servidão a elas, respondeu êle que sim; *d) à* L. 44, § 9,13., *de legatis et fideicommi8siS~* 80, na qual ULPIANO opina que, tendo o testador dos fundos legado o usufruto a uma pessoa e o usufruto a outra, o legatário não deve àquela a passagem para êle, mas o herdeiro estará obrigado a adquirir a passagem e prestá-la (Si duos fundos habens testator alterius mihi usum fructum, alterum Titio leget, aditum mihi legatarius non debebit: sed heres cogitur redimere aditum et praestare).

Tanto A. DE LEYSER quanto HELLFELD generalizaram demasiadamente. Não podiam ir além da função do juiz, nas ações de partilha ou de divisão, ou na execução dos negócios jurídicas em que houvesse doação, alienação onerosa ou legado tácito de servidão. Na espécie da *L. 44,* § 9, trata-se de manifestação tácita de vontade do testador, porque o testador não poderia ter legado o que ficasse

sacrificado com a deixa. I¶a L. 22, §

3, na L. 6, § 1, e na L. 20, pr., trata-se de executar partilha e divisão, operações que se devem fazer com o máximo de comodidade para todos os interessados. Nas espécies em que o juiz, ao julgar, encontra prédio que tem direito de vizinhança, ainda direito formativo gerador de servidão, havemos de entender que pode ele, decidindo sobre partilha, divisão ou outra execução, *declarar* o direito de vizinhança e *constituir* a servidão, atendendo a que se lhe passou o poder de exercer o direito formativo gerador. A L. 30, 13., *de usa .1 ructu quemadinodum quis utatur petatur,* 7, 1, e na L. 10, *O., de servitutibus ~praediorum urbanorum,* 8, 2, tem-se como legada, também, a *servitus ne luminibus penittts officiititr.* Cláusula implícita, que de modo nenhum se refere a direito de vizinhança, ou a direito formativo gerador (L. 9, O., *de servitutibus praediorum urbanorum,* 8, 2 ("nuila competit actio"). O erro, conforme aparece em muitos, tem de ser repelido, sob pena de se conspurcar o sistema jurídico.

4

Na partilha e na divisão, sim: há, aí, função *constitutiva* do juiz, porque êle *parte* ou *divide* incluindo numa quota ou na parte que se torna prédio distinto o que detrai ao outro, que está noutra quota ou parte. J. A.

VINNIUS *(Institutionum Imperialium Commentarius,* 1, 242 s.), W. A. LAUTERBACE *(Coliegium Pandectarum theoretico-pratitflm stndio,* L. VIN, T. 1, § 5), H. HAEN (em observação a WESENBECK), P.

MÚLIER (a G. STRUvE, 1, exerc. XIN, t. 30, 820) e J. O. WESTENBERG *(Principia inris,* L. VII, T. 1, § 18) haviam precisado o campo das servidões necessárias. Mas faltavam-lhe noções precisas sobre direitos de vizinhança (direitos formados ou direitos formativos geradores) e servidões necessárias.

Não se exige que haja direito de vizinhança (formado ou formativo gerador), nem basta que seja cômodo criar-se a servidão (e. *g.,* CUR. LUD. CRELL, *fissertationes atque programmata,* Fasc. IX, 492). Os juristas procuraram, através de séculos, precisar de onde começava e até onde ia a função constitutiva dos juizes, fora das espécies que se haviam de considerar direitos formativos geradores. No caminho, há confusões lamentáveis, como a que derivou de se trazer à argumentação a L. 3, § 16, O., *de itinere actu que privato,* 43, 19, que nada tinha com o problema da constituição judicial de servidões *(e. g., G. S.* WIESAND e G. C. A. HAUPT).

Partindo-se da premissa de que não há confundiremse as servidões necessárias e as chamadas legais, podemos dizer:

O juiz pode constituir a servidão quando, tendo de transferir, exclusivamente, ao patrimônio de outrem como parte material que se vai tornar prédio distinto a porção do bem comum (divinão), ou tendo de retirar de um patrimônio para outro, exclusivamente, o prédio que ficaria desvalorizado se não tivesse servidão (execução forçada), ou tendo de partir patrimônio (partilha de herança, de bens comuns dos cônjuges, etc.), transfere, exclusivamente, prédio *mais* servidão, deixando no outro patrimônio prédio *mais* valor da execução. Por onde se vê que as *servitutes necessariae* são servidões constituídas judicialmente em ações executivas. É da máxima importância ter-se precisado que todas as espécies, no sistema jurídico romano e nos de hoje, de servidões necessárias são de servidões judicialmente constituídas em sentenças proferidas em ações executivas (ação de partilha, ação de divisão, ação de execução de sentença, ações executivas de cognição inicial incompleta mas plena, ao final). A sentença, por isso, não ganha em declaratoriedade, mas em constitutividade, sem que se possa tornar de força constitutiva. A adjudicação só se dá porque o juiz tinha de executar: constitui, porque executa.

2.CLASSIFICAÇÃO DAS SERVIDÕES NECESSÁRIAS. As servidões necessárias não provêm, de modo nenhum, de modo especial de constituição. A prestação jurisdicional, acessória, está no lugar em que estaria o negócio jurídico bilateral. Em vez de, executando (partilha amigável, divisão amigável do prédio, execução voluntária da divida ou da sentença), os interessados constituírem, negocialmente, a servidão, constitui-a o juiz, no exercício da função de executar. A constitutividade contém-se na execução, porque, para se executar forçadamente com justiça, se teve de criar a servidão.

§ 234. Partilha e constituição de servidão

1.ATIvIDADE DAS PARTES NA PARTILHA E ATIVIDADE ESPECIAL

Temos aqui de considerar a partilha do patrimônio se cogitar de *divisão* de qualquer bem, porque, ocorrendo são de bem, a espécie entra no assunto do próximo parágrafo Se só se partilha, ou se distribuem bens ou se dá em alguns deles comunhão. De qualquer modo, não há divisão regra, partilha-se sem dividir; se, para partilhar, se pra dividir, a divisão é tão distinta da partilha que pode vir a e

pode vir depois do ato de partilha. Se vem depois, ou líbito dos comuneiros, ou ocorre o que se prevê nos arts. e 516 do Código de Processo Civil. Às vêzes a lei pode ao juiz, na escolha das porções.

2.PARTILHA DO PRÉDIO SEM DIVISÃO. O prédio, partilha, ou *a)* fica a um dos comuneiros, ou *14* se atribui dois ou mais, com exclusão dos outros comuneiros, ou *oJ* atribui a todos os comuneiros. Na última espécie, a parte foi ôca: em verdade não se partiu, salvo no que se distribuir de despesas e impostos; as frações por direito que era c patrimônio *(e. g.,* hereditário) passaram a ser frações por dito de condomínio ou de comunhão, regida pelo direito coisas. Somente as espécies a) e *14* podem dar ensejo à p~ lha com atribuição de servidão, se o prédio, que se partiu fàcticamente *servia* a outro prédio do monte, ou *era servir* fàcticamente, por outro prédio do monte. Ou os interessa em partilha amigável, ou por ocasião de se manifestarem espécie do art.

503 do Código de Processo Civil, ou por ocasião de falarem sobre o esbôço de partilha (Código de Processo C: art. 507), sugerem a servidão, ou o juiz examinando. comodidade dos herdeiros (Código Civil, art. 1.775; Código Processo Civil, art. 505, IN) manda incluir na fôlha pagamento dos comuneiros as *servidões necessárias.* A servidões alude o art. 506 do Código de Processo Civil: fôlha de pagamento de cada herdeiro serão declaradas, cor possível exatidão, as confrontações dos bens e as servidões que ficarem sujeitos, evitando-se dividir as terras" que dizer partilhar as terras "por quotas-partes ideais". Nota explicitude: "as servidões a que ficarem sujeitos".

MANUEL ÁLVARES PÉCAS *(Resolutiones Forenses,* VII, 342) transcreve decisão do Desembargo do Paço, a 20 de dezembro de 1680, em que se levou em conta o uso anterior; e foi de felicidade a toda prova quando frisou que a adjudicação da servidão era possível, "scilicet in iudicio divisorio" (VI, 343) e bastar o uso anterior, necessário, como era no direito romano, por estar antiquada a *lez Seribonia.* A lição conservou-se sempre (CORREIA TELES, *figesto português,* IN, art. 448; MANUEL BORGES CARNEIRO, *fireito Civil de Portugal,* IV, 248 e 252; LAFAIETE RODRIGUES PEREIRA, *fireito das Coisas,* 1, 356).

3.CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO NAS AÇÕES DE PARTILHA. Para se ver que a constituição de servidão nas ações de partilha é incidente do processo de execução, basta que se preste atenção às duas atividades do juiz,

4. MOMENTO EM QUE SE CONSTITUI A SERVIDÃO. O momento em que se constitui a servidão nas ações de partilha não é aquele em que os comuneiros concordam com o esbôço de partilha, nem aquele em que se profere a sentença de partilha, ou em que transita em julgado; porque a constituição, pelo juiz, como pelo proprietário do prédio que vai ser objeto da servidão, não é constituição *da servidão,* mas do titulo *registável.*

Da confusão foram vítimas L. COVIELIO *(Le Servitft prediali,* 255), C. SCUTO *(feile Servitú prediali,* 290) e outros. Tão-pouco seria de admitir-se que a concordância dos comuneiros fizesse voluntária a servidão: aí, as declarações de vontade dos comuneiros apenas *facilitam* a partilha, isto é, a execução (sem razão, O.

BRANCA, Delie Servitú prediali, *Commeutario dei Codice Civile,* IN, 487). É preciso não se perder de vista o art. 676, onde se põe claro que os direitos reais constituídos ou transmitidos por atos entre vivos só se adquirem depois da transação, ou da inscrição, no registro de imóveis, salvo os casos expressos no Código Civil. Ainda em se tratando de partilha de bens da herança, o art. 1.572 (saisina) não bastaria para se dispensar o registro: o que se transmitiu, em virtude da regra jurídica sobre saisina, foi a *quota* nos bens, inclusive em direitos reais limitados que acaso já existissem, não direitos reais limitados que ainda vão ser *constituídos.*

§ 2.235. Divisão do prédio e servidões necessárias

1.EXAME DAS ESPÉCIES. A divisão do fundo interessa à doutrina das servidões ou porque o fundo dividendo é o dominante, ou porque o fundo dividendo é o serviente, ou porque o fundo, tendo de ser dividido, uma das porções, duas ou mais porções precisam de servidão sobre outra ou outras. É de toda conveniência explicarmos cada uma delas.

2.DivisÃo DO PRÉDIO DOMINANTE. A servidão, por ser indivisível, inere a todo o fundo dominante. A divisão dele não importa, para o prédio serviente, em mudança da relação jurídica *(a* serve a 14. Todavia, o art.

707, 23 parte, do Código Civil prevê a espécie, para tornar explícito o princípio: depois de se dizer que as servidões são indivisíveis (l.fª parte), acrescenta-se (2ª parte, pr.) que as servidões, no caso de divisão (é isso o que se quis exprimir com o termo “partilha”),

continuam de gravar o prédio serviente em benefício de cada um dos quinhões do prédio dominante (partes indivisas, ou partes divisas), salvo se, por natureza ou destino, só se aplicava a certa parte de um ou de outro. Se em faculdade de uso do prédio serviente consistia a servidão, ou se o conteúdo não era determinado, nem determinável, ou havia determinação precisa do conteúdo *(e.* g., tantos litros de água), os donos do todo embora dividido têm pretensão ao que se devia. Mas pode ter-se de saber o que compete a cada porção. Se a divisão foi tal que só uma ou algumas porções podem ter a servidão, deu-se, por força da própria divisão, *concentração* da servidão:

o que era do todo passou a ser só da porção, sem alteração do conteúdo. Não há, propriamente , *extinção* da servidão, como se diz no Código Civil alemão (§ 1.025) ; há *concentração.* Retrai-se, por bem dizer, o prédio dominante. No registro de imóveis, o que se há de fazer é retificar o registro, e não cancelar. Se a servidão era a favor de parte delimitada, ou se somente a uma parte tinha de ser útil, após o fracionamento do prédio dominante não há concentração: concentrada já estava a servidão. Se a delimitação fora transitória ou artificial, a servidão continua a favor de todas as porções. Se o conteúdo da servidão é determinável quantitativamente, há a) a opinião que sustenta não haver distribuição; 14 a opinião que prefere a distribuição (multiplicação da servidão) em proporção de tamanho das porções (L. 25, O., *de servitutibus praediorum rustico‟rum,* 8, 3); o) a opinião que distribui a servidão (multiplicação da servidão) segundo as exigências ou necessidade d v cada uma das porções, conforme se estabelecia; *d)* a opinião que atende na distribuição (multiplicação da servidão) às exigências novas; *e)* a opinião que afasta a multiplicação i *so iure* e a afirmação de continuar, sem qualquer alteração, o direito, porque, se a) é certo, qualquer das outras soluções pode sobrevir como *regulação* do exercício ou *distribuição* em virtude de ação de divisão, de natureza executiva.

3.DIvIsÃo DO PRÉDIO SERVIENTE. O Código Civil, art. 707, 2.ª parte, *in flue,* prevê que a servidão seja,

“por natureza, ou destino”, só concernente a certa parte do fundo serviente, e determina que se concentre. No direito romano, a L. 6, § 1 a, O., *quernadmodum servitutes amittuntur,* 8, 6, era expressiva: atendia-se à destinação entre comuneiros, com as conseqüências de extinção, separadamente, se a destinação *dividia* o fundo; não, se se restringia ao exercício da servidão. No art. 707, 2.~ parte, *in une,* não é sem ambiguidade o termo “destino”. Mas precisemos: se a servidão somente recaía sobre uma parte, por sua natureza, em verdade nada se

muda com a divisão, porque as outras partes, a despeito de o serem de prédio serviente, nunca foram atingidas (mundo fático); se o prédio serviente estava em comunhão *pra divisa* que serviu de base à divisão, a destinação de cada parte tem de ser levada em consideração para cada porção, após a divisão, e a que não era atingida (mundo fático) continua incólume; se não havia comunhão pra *divisa,* mas as partes estavam pra *divisa* pela diferença de destinação, quem recebe a. porção correspondente à parte ou às partes não atingidas não deve servidão. Também aqui a destinação provisória ou artificial se tem como regula-dora de exercício. Não há o caso previsto por CELSO, na L. 6, § 1 a, onde se supõe a destinação inicial permanente (omnia servanda erunt, quae si initio constituendae eius servitutis similiter hic duo fundi fuissent).

Quem deixa de atender à diferença entre destinação e distribuição do exercício, como E.PÂCU"xcí-MÃzzoNí (Trattato deile ServiUz prediali stabilite per fatto dell"uomo, *Codice Civile italiano cammentata,* 5.~ ed., 197) e A. Cícu *(Servitú prediali,* 132 s.), falseja o principio. É certo que pode haver destinação posterior, de que Caso não cogitou, mas, ainda assim, não há confundirem-se destinação e determinação espacial do exercício. Se essa bastasse à incidência do art. 707, 2.~ parte, *in luze,* o dono do prédio dominante não poderia pretender a mudança da localização.

A *raio legis* do art. 707, 2.8 parte, foi a de atender a que a destinação opera como a natureza, se bem que não se converta noutra servidão, como pareceu a CL BRANCA (DolIe Servitú prediali, *Commentario dei Codice Civile,* IN, 587).

Prâticamente, quem destina pra *divisa* o prédio serviente precisa que tal destinação seja conhecida de todos os sujeitos ativos presentes e futuros da servidão. Por isso mesmo, há de promover, para resguardar-se, a *averbação ,* invocando o art. 285 e 286 do Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939.

Se a servidão continua de gravar todas as porções, há a mesma servidão difundida em tOdas elas, tal como pensava ULPIÁNO (L. 18, „D., *de servitutibus praediorum rusticorum,* 8, 3), mas a averbação posterior *divide,* portanto multiplica servidão. Assim, tanto se há de afastar a opinião que vê na divisão do fundo serviente multiplicação *ipso iure* da servidão O o dono do prédio dominante não foi ouvido 1), encontradiça na doutrina (E. PACIFICI-MAZZONI, Trattato delle Servitú prediali stabilite per fatto dell"uomo, *Codice civile italiano commentato,* 5.~ ed., 688; L. CovIELLo, *Le Servifli prediali,* 346; L.

BARASSI, *1 Diritti reati limitaM,* 77), quanto a dos que interpretam para todas as espécies a L. 18.

4.DIVISÃO E CRIAÇÃO DE SERvIDÃO. A atividade do juiz, ao dividir o prédio, há de atender a que uma ou algumas porções não fiquem prejudicadas pela falta de serventia necessária. Então, no dividir (em que está incluso, ai, o gravar de servidão), o juiz ou atende ao acordo das partes (Código de Processo Civil, arts. 426 e 440), ou resolve dúvidas (Código de Processo Civil, art. 481), ou declara surgido o direito de vizinhança de que trata o art. 559 do Código Civil, constituindo a servidão (no lugar do exercício daquele direito pelo comuneiro), ou constitui a servidão nas espécies em que se mostra necessário, ainda fora do art. 446, § 3□O, do Código de Processo Civil, que é exemplificativo. O art. 446, § 3~O, do Código de Processo Civil não é regra jurídica processual ligada à regra de direito material do art. 559 do Código Civil, é regra jurídica, exemplificativa, para os casos de exsurgir da divisão necessidade de servidão. Se o art. 446, § 3~O, do Código de Processo Civil somente fOsse o direito processual correspondente ao art. 559 do Código Civil, seria permissivo de declaração e de *exercicio* de direito formativo gerador, ai por parte do juiz. Mas em verdade abrange mais, se bem que a constituição mesma se reja pelo direito material, onde há a regra de poder o juiz quando executa, por partilha, divisão, ou forçada-mente, *adjudicar servidão* .

Juiz que divide pode dividir em partes dominicais e em partes domínicas ou em domínio e partes de enfiteuse, de usufruto, de uso, de habitação ou de servidão. Pode ser que a melhor solução para quem herdou, com o filho, o prédio, seja ter o filho o domínio e o pai ou a mãe o usufruto: o cálculo e as circunstâncias é que sugerem a solução, com a qual os interessados podem estar acordo ou discutir.

Por outro lado, nada obsta a que, percebendo que o prédio A que se vai dividir em metades se desvalorizaria se não têm ambas salda pela rua principal, os partidores sugiram ou o juiz delibere que se constitua a servidão.

Aliás, ainda partilhando sem dividir, pode o juiz ter de atender à valorização do monte com a constituição de servidão a favor de algum dos prédios do patrimônio, ou a que, com a constituição da servidão, se evita desvalorização.

5.Constituição JUDICIAL DA SERVIDÃO NA AÇÃO DE DIVIsÃo. A ação de divisão é executiva: a fração que era de um dos comuneiros,

ou de alguns dos comuneiros, na parte a do prédio *ab,* transfere-se ao outro ou a outros comuneiros e a fracão que era do outro ou dos outros, na parte *b,* transfere-se àquele ou àqueles. A servidão constitui-se por ser conveniente, de modo que o dividir de acordo com as exigências de bem julgar impõe a constituição judicial.

O exame das cargas de eficácia mostra quanto são expressivas.

6.MOMENTO EM QUE SE CONSTITUI A SERVIDÃO NA AÇÃO DE DIVISÃO. O momento em que se constitui o título é aquele em que transita em julgado a sentença proferida na ação de divisão, determinando a constituição da servidão. Tal título faz as vêzes do negócio jurídico bilateral de constituição. O momento em que a servidão se constitui, como direito real limitado, é aquele em que se procede ao registro. Insustentável evidencia-se a opinião daqueles que fixam o momento na data da sentença que homologue a divisão *(e.* g., L.

COVIELLO, *Le Servitit prediali,* 255; C. ScuTO, *Deile Servitil prediali,* 290). No direito brasileiro, há, confirmando o que dissemos, o art. 446, § 5~O, do Código de Processo Civil, onde se estatui que somente após o trânsito em julgado pode o escrivão extrair certidão da fôlha de pagamento. Extraída a certidão, tem-se de levar a registro, para que se integre a constituição da servidão, iniciada com a constituição judicial do título.

§ 2.236. Execução forçada e servidão necessárias

1. PENHORA E ADJUDICAÇÃO. Pode haver conveniência em que se venha a alienar um dos bens penhorados *(a)* que depende de serventia por outro, (b) também penhorado, ou que se tenha de alienar o único bem penhorado, *(c)* que esteja dependente de serventia quanto a outro prédio *(d),* não penhorado, do executado.

Se o valor de (a) não dá para a satisfação da dívida e despesas, ou se penhora outro bem, ou se a causa de não bastar é a desvalorização por ser dependente de serventia por outro do mesmo donô se *penhora* o elemento de serventia, para com ele se constituir, por adjudicação, a servidão necessária. Se o valor de (e) seria demasiado pequeno ou se baixaria muito se não lhe fosse atribuida a servidão, que fâcticamente existia, pode o juiz detrair de *(d)* o elemento com que perfaça a servidão, por adjudicação. Há de fazer-se avaliação do prédio (e) com

a servidão.

2. NATUREZA DA CONSTITUIÇÃO DA SERVIDÃO , EM AÇÃO EXECUTIVA DE DIVIDA OU DE

SENTENÇA. A adjudicação de servidão, nas ações executivas de divida e de sentença, não é modo à parte de constituição de servidão. O juiz não decide em ação de constituição de servidão, como ocorreria se houvesse direito formativo gerador cujo exercício tivesse de ser em demanda, ou como se apenas declarasse o direito de servidão. Porque o juiz tem de executar, por dívida ou em *adio iudicati,* "constitui", no lugar de quem, devendo executar voluntàriamente, teria de constituir.

Não nos iludamos, porém, com a inserção da função de constituir na função de executar: quem constitui, porque disso precisa para poder executar (precisa executar o mais cômoda-mente possível para o executado e para o executante), executa,

mas o constituir não se dissolve na executividade, enriquece-lhe o conteúdo. enriquecimento é marcado pelo que se *aditou,* para que a execução fosse satisfatória, com o mínimo de prejuízo para as partes.

3.MOMENTO EM QUE SE CONSTITUI A SERVIDÃO. O título da servidão é constituído pela sentença; o que constitui a servidão é o registro. As opiniões que sustentavam constituir-se a servidão no momento em que a) se mandam publicar, ou em que *lO* se publicam os editais, são de repelir-se. Ainda não houve dedução da servidão, a despeito de ter de constar dos editais a indicação do que se detrai, como requisito incluso no art.

968, 1, do Código de Processo Civil, O titulo é a cartas. de arrematacão (Código de Processo Civil, art. 980). O

Estado alienou, em execução forçada, mas a servidão ainda não exsurgiu: somente há servidão no momento em que se regista a sentença. Não importa se houve, ou não, durante a ação executiva, consentimento do executado: a voluntariedade, aí, apenas facilita a execução forçada; o titulo é a sentença, e não o negócio jurí-

dico que poderia resultar da declaração de vontade do executado.

§ 2.237. Servidão constituída em execução forçada de promessa de declaração de vontade 1.EXECUÇÃO FORÇADA E SERVIDÃO CONSTITUIDA PELO JUIZ.

Exposto que a servidão pode ser constituída pelo juiz, se é necessário ao exerci cio da sua função de julgar, temos de tratar da espécie de ação executiva que se regula no art. 1.006, § 2.0, do Código de Processo Civil (ação do pré-contrato) a execução é constituída forçadamente. Os juristas que consideram voluntária tal servidão não atentaram, mediante análise científica, na executividade preponderante da sentença favorável na ação de que se cogita no art. 1.006, § 2.0, da lei processual. Voluntária foi a promessa; não, a execução, o adimplemento. A servidão não nasceu da promessa de constituir, mas da sentença. O dever e a obrigação de constituir deram ensejo à ação executiva (de dívida), semelhante ás ações do art. 298 do Código de Processo Civil, à do titular do direito de preferência, contra o terceiro, para haver a coisa (Código de Processo Civil, art.

313, 1.a parte) e à própria ação de divisão e à de partilha.

A carga de eficácia da sentença do juiz, na execução segundo o art. 1.006, § 2.~, do Código de Processo Civil, é assaz expressiva.

CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO POR SENTENÇA DO JUIZ SEGUNDO O ART. 1.006, § 2?, DO

CóDIGO DEI PROCESSO CIVIL

a)Código de Processo Civil, art. 1.006, § 2

1,) Constituição judicial da servidão

2. MOMENTO DA CONSTITUIÇÃO. O momento em que se constitui a servidão não é aquele em que o juiz dá a sentença, mas o em que se regista a sentença: a sentença não é constitutiva-mandamental, mas sim executiva-condenatória; o juiz não manda registar, sem que se precise de qualquer provocação (tratar-se-ia de *reclamação* contra o juiz, que não fêz cumprir-se o mandamento incluso) ; o registro é feito com a apresentação da sentença. A constituição da servidão é protraída até se proceder ao registro. O título é a sentença que executa; o registro é que completa a eficácia da sentença: a decisão do juiz apenas constituiu título, *fêz* o que o promitente da servidão *faria;* o promitente precisaria do seu ato de adimplemento *e* da apresentação, por êle ou pelo outorgado, ao registro de imóveis; o autor da ação do art. 1.006, § 2?, do Código de Processo Civil obtém a sentença, que está no lugar do ato do promitente, *e* apresenta-a a registro.

3.CONSTITUTIVIDÂDE POR EXECUÇÃO. Poderia parecer que, tendo o juiz constituído a servidão, no juízo de execução e executando (= passando o bem do patrimônio de A para o patrimônio de B), tivesse de ser imediata, ou, pelo menos, mediata (** *), a carga da eficácia sentencial. Sem razão; porque não há mais constitutividade em detrair a servidão ao bem do que extrai-lo todo ao patrimônio. A constituição está *na execuçâo,* e não *ao lado.* Constitui-se porque se executa e para bem se executar.

Finalmente, observemos que o juiz tem os poderes de que falamos nos §§ 2.233-2.237 se a carga de executividade é (força da sentença) ou ~ * (eficácia imediata da sentença).

CAPITULO IX

PRETENSÕES E AÇÕES ORIUNDAS DA SERVIDÃO E CONTRA ELA

SEÇÃO 1. AÇÕES DE TUTELA ÀS SERVIDÕES

§ 2.238. Ações puras e ações s compósitas

1.“ACTIo CONFESSORIA” E AÇÕES POSSESSÔRIAS NO DIREITO ANTERIOR. No direito romano justinianeu e no direito comum, os titulares de direitos de servidão tinham a *ação confessória,* que tendia a declarar o direito de servidão, remover a ofensa e assegurar que outras ofensas não sobreviriam. Note-se a mistura de ações : a declarativa, a condenatária e a cominação, em *actio contessoria,* cuja eficácia preponderante era condenatória: condenava-se a perdas e danos, a demolir, a construir, a consertar (GREGÓRIO MÀfl‟INS CAMINHA, *Forma dos Libelos,* 12, nota 8). O elemento declarativo funcionava como prejudicial (“ad declarationem servitutis”, disse GREGÓRIO MÂRTINS CAMINHA, invocando textos; L. 2, pr., D., *si servitas vindicetur vel ad alium pertinere negetur,* 8, 5, *verbis* “ei qui servitutes sibi competere contendit”). O elemento da cominação era, como éhoje, pedido incluso (MANUEL MENDES DE CÃSnO, *Practica Lusitana,* II, 204; BORGES CMtNEmO, *Direito Civil de Portugal,* IV, 272). O autor tinha, e tem, o ônus de provar o direito à servidão, e não só a posse. A eficácia executiva é mediata, vindo, pois, em terceiro lugar, e dando acesso *à adio judicati.*

Admitia-se a confessória com caráter de Publiciana (ALVA50 VÀLASCO, *Decisionum Consuitationum,* II, 469: "... possessor fundi, cul debentur, potest pro mis agere, et sufficit probare se possessorem, et pro domino habitum ac reputatum, Iicet verum dominium non probet, quamvis actio confessoris realis sit, quae de se non competit, nisi vero domino . . ."). O verdadeiro titular do direito de servidão pode usá-la, se não quer alegar o domínio (LAFATETE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das Coisas,* 1, 366), como se foi destruído o cartório do registro de imóveis e não se encontram a escritura e a certidão.

Quanto à proteção possessória, a influência do direito romano impedia que se raciocinasse como sendo tutelável, por si só, a posse do titular da servidão. Considerava-se a ofensa à posse da servidão (quase-posse, dizia-se), somente relativa à posse do prédio dominante. Não haveria perda da posse, ainda que se tomasse todo o conteúdo da servidão. Donde: excluir-se a ação de esbulho ou espoliativa, o interdito recuperatório (L. 4, §

27, D., *de usurpationibus et u.sucapionibus,* 41, 8); e só se admitir o interdito de manutenção, *uti possidetis* (MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Tratado dos Interditos,* 61; CORREIA TELES, *Doutrina das Ações,* 213 s.; LAFATETE RODRIGUES PEREIRA, *Direito das*

Coisas, 1, 367 s.).

Antecipemos que muito longe disso está o sistema jurídico brasileiro. O titular da posse de servidão é sujeito ativo de relação jurídica possessória, como o usufrutuário, o usuário, o habitador, o locatário; pode ser tutelada a sua posse contra turbações e esbulho, como se tutela a posse daqueles possuidores imediatos e como se tutela a posse daqueles possuidores se acaso se mediatizaram, *e. g.,* se o possuidor do prédio dominante, locando o prédio, deu posse da servidão ao locatário.

2.DIREITO VIGENTE. O direito contemporâneo soube debulhar as ações, que protegiam as servidões, e antes se misturavam na *actio confessoria.* A ação compacta manteve-se, mas as ações-elementos puderam exercer-se de per si. Assim, temos:

a) A ação em que se afirma a existência da relação jurídica de servidão, que não é mais do que espécie contida na *ação declaratória* do art. 2.0, parágrafo único, do Código de Processo Civil. O interesse, que se exige, é só o interesse da declaração. (Aquele, confira cujo prédio alguém diz ter servidão, tem a ação declaratória negativa.) b) A ação de condenação pela ofensa ao direito de servidão, em que a

matéria de a) é questão prejudicial.

.2

c)A ação de indenização por perdas e danes, em que a) e b) são questões prejudiciais.

d) A ação de segurança, preparatória ou incidental, ou independente, para que preste caução o ofensor ou o que ameaça ofender (Código de Processo Civil, art. 675, IV), o que o juiz pode decretar, ainda que não tenha sido pedido (PEREIRA E SOUSA, *Primeiras Linhas,* 1, 266: e"... coisas que, virtual, ou tàcitamente, se compreendem no petitório, ainda que não sejam expressas, como a caução *de non turbando* na ação confessória, ou negatória"), por ser implícito nos pedidos de b), e) e f). O autor tem de provar o esbulho ou a turbação, e não a posse da servidão.

e) A ação de preceito cominatório (Código de Processo Civil, art. 302, XII).

Se o titular do direito de servidão obtém sentença favorável na ação declaratória, de que se falou em a), não precisa propor, depois, a ação cominatória, sobrevindo os pressupostos para essa, basta que requeira a expedição do mandado cominatório, pois nos próprios autos se processa.

1)A ação de vindicação da servidão *(servitutis vindicatio).*

g)A ação confessória, que é cumulação de pedidos, com preponderância do elemento condenatório, de modo que a), b), c), d) e e) se cumulam, a) funciona como questão prejudicial e b), e), d) e e) como pedidos posteriores. A ação é, pois, condenatória-declarativa, com eficácia mediata executiva, sendo d) e c) seguranças pendente a lide. O autor tem de provar o esbulho ou a turbação, e não a posse da servidão (L. 6, § 1, e L. 8, § 3, D., *si servitus vindicetur vel ad alium ~pertinere negetur,* 8, 5). a) O réu pode opor ter sido constituída a servidão por quem não era dono do prédio serviente, nem veio a ser; nem o autor a adquiriu após o registro, adquirindo, pela transcrição, o prédio dominante. A regra "Quem não é senhor de alhear não no é de dar servidão" (CORREIA TELES, *Doutrina das Ações,* 143) não é excetuada pela aquisição devido à transcrição ou à inscrição; aqui, a aquisição rege-se por outros princípios. b) Também o réu pode opor falta de utilidade da servidão (L. 5, D., *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur, 8,* 5): se A tem servidão *altius non tollendi* contra o prédio de C, entre os quais está o de B, e B levanta mais andares, C

pode levantar até à mesma altura, porque já o altear o seu prédio não privaria de vistas a A. e) Mais: que se trata de servidão não-aparente, que só se constitui pelo registro; ou que, aparente, nem foi registada, nem correram, sequer, os dez ou quinze anos do art. 698. d) Pode opor qualquer causa de extinção, como: o ter sido constituída pelo enfiteuta e ter sido devolvido ao senhorio o prédio (MANUEL ÁLvARES PÊGAS, *Resolutiones Forenses,* IN, 426), salvo se nela expressamente consentira o senhorio (FRANCISCO PINHEIRO, *De Cennt et Emphyteusi,* 817); a renúncia (art. 709, 1); o resgate ou remição (art. 709, IN); o não-uso durante dez anos contínuos. Em todo o caso, é de advertir-se em que se não conta no tempo de preclusão aquele em que a servidão não podia ser utilizada; *e. g.,* secara, temporâriamente, a fonte (L. 34, § 1, e L. 35, D., *de servitutibus praediorum rusticorum,* 8, 3), solução imperial, que se deve a informação de ATUJOINO, ou que o prédio serviente estêve em via de construir-se (GABRIEL PEREIRA DE CASTRO, *Decisiones,* 389: "Verum Senatus censuit instaurata, seu refecta domo antiquam servitutem manere, quia si sublatum sit aedificium, ex quo stilicidium cadit, et in eadem specie, et qualitate reponatur, utilitas exigit"). A alegação da confusão (art. 710, 1) não aproveita, se não foi cancelado o registro.

h)A ação de ofensa à servidão. A concepção hodierna da servidão e a dos direitos reais limitados como direitos no mesmo plano que o domínio levou a adotar-se para a proteção contra as ofensas, em petitório, a ação negatória, à semelhança da *adio negatoria,* que o dono do prédio serviente tem contra o dono do prédio dominante. No direito anterior, a ação negatória nunca pertencia ao dono do prédio dominante. Em verdade, o direito de servidão pode ser ofendido por outrem que o dono do prédio serviente: precisa-se da tutela da servidão, como direito real, contra quem quer que seja, inclusive o dono do prédio serviente. Ésse nem sempre nega, de modo que nem sempre seria preciso *confessar.* O titular da servidão tem a ação de ofensa, ainda se não tem posse do prédio dominante, ou da servidão, nem se lhe tirou a posse. Não importa se houve turbação, ou esbulho da servidão, inclusive da posse parcial do prédio serviente, se a servidão a implica. Discute-se se basta a afirmação, oral ou escrita, de que o autor não tem servidão. Se a afirmação é inquietante, no sentido de que importaria, normalmente, exclusão do uso, há ofensa, que permite a ação de ofensa à servidão; *aliter,* se não importaria nisso. Então, seria de propor-se a declaratória. A ofensa pode ser pelo dono do prédio serviente, ou por terceiro, e não precisa ser culposa, tal como também ocorre com a ação possessória. Se a servidão é afirmativa, impedir o ato positivo do titular é ofender o direito de servidão; não, o praticar o demandado atos positivos semelhantes *(e.*

g., se A tinha servidão de caminho pelo terreno de B e C começa a passar por êle, não há ofensa à servidão de A; havê-la-ia se a servidão, fosse afirmativa ou negativa, consistisse em direito de A a passar, com exclusão de qualquer outra

pessoa). Não é preciso que o autor seja o dono do prédio dominante, pode ser quem tenha direito ao uso dela.

A ação remove a ofensa e proibe futuras ofensas. Não se trata de ação de vindicação, nem de outra ação executiva, e sim de ação de condenação. A ação também pode ser exercida contra o que possui, injustamente, o que seria conteúdo da servidão, por *possuir* o prédio dominante. Mas, ai, a servidão é incluída na propriedade, e poder-se-ia tratar a espécie como de reivindicação.

i)Ações possessórias. A tutela possessória supõe: o exercício da servidão contínua aparente *(aliter,* no Código Civil alemão, §§ 1.029, 1.090 e 900, alínea 2.8, que só admite a usucapião segundo o registro, e dai se procurava tirar que a posse só se protegeria se feita a inscrição, o que é de repelir-se, porque a tutela da posse nada tem com a prova para usucapião) ; o exercício da posse, se contínuas, não-aparentes ou descontínuas as servidões, com título oponível ao réu (a alegação de não haver título é defesa no plano possessório).

i)A ação de retificação do registro (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, arte. 227 e 228).

Há, para as servidões que se turbem, ou esbulhem, com as obras de outrem, a *ação de nunciaç4o de obra nova* (Código de Processo Civil, arts. 384-392; *Comentários,* IN, *1,* 847-859).

Nada obsta a que o titular do direito de servidão, ou o possuidor da servidão, exerça a *operis novi nunciatio* (Código de Processo Civil, arte. 884-392), ainda que também pudesse exercer a ação confessória ou a negatória de titular do direito de servidão. Nenhuma relevância, aqui, têm as distinções entre as servidões (cf. F.

KÀMMERER, *Dissertatio inauguralis juridica de Operis novi nunciatione,* 122 s.): o que importa é que a obra nova seja impeditiva do exercício da servidão. Se bem que a *operis novi nunciatio* fosse exercível, entre os Romanos, extra-judicialmente (L. 1, § 2, D.. *de operis novi nunciatione,* 39, 1), hoje o titular do direito de servidão pode apenas *protestar,* ou, sendo possuidor, exercer a *legítima defesa* ou a *justiça de mão própria,* segundo o art. 502 do Código Civil (Tomos II, §§ 182, 191-196, 200, 201; VI, §§ 628, 10, 650, 2; X, §§ 1.069, 1.100, 1.114, 1, 1.117, 2,

1.118, 5, 1.135, 2, 1.121-1.125).

Se a servidão é discontínua ou contínua não-aparente (art. 509), o nunciado tem a defesa que consiste em alegar não provir dele o título, nem de alguém de quem houve o prédio serviente. O ônus da prova cabe ao demandante, que há de apresentar o título. Mas o ônus da prova só se estabelece com a alegação negativa do demandado.

§ 2.239. a) Ação declaratória

1.SERVIDÕES E DECLARAÇÃO. A ação declaratória, com a generalidade do art. 2.~, parágrafo único, do Código de Processo Civil, cabe desde que haja relação jurídica, quer pessoal quer *erga oinnes,* quer real, a respeito de serventia ou servidão. Além dessa declaração de natureza geral, há a ação de usucapião da servidão ou de aquisição pelo uso, limitada, por lei, às espécies do art. 698 do Código Civil, salvo se houve registro da servidão não-aparente (usucapião tabular), ação que é declaratória, tal como se passa com a ação de usucapião do domínio, e não constitutiva.

2. EFICÁCIA. A eficácia é só entre partes, salvo concepção da petição com a *vocatio in ius* contra todos os interessados, o que exige editais de citação. Se o prédio serviente pertence a duas ou mais pessoas, que tenham de ser citadas por edital, a eficácia é somente entre essas, salvo se foram citados todos os interessados.

3.ÔNUS DA PROVA. Do art. 696 tira-se que tem o finus de prova quem alega existir servidão, que a interpretação de qualquer proposição sobre conteúdo da servidão é estrita (Tribunal de Apelação da Bahia, 18

de novembro de 1941, 1?. *de D.,* 141, 358), que, na ação negatória de servidão, o proprietário do prédio que se diz serviente não tem o ônus da prova de ser livre (Câmaras Civeis da Côrte de Apelação de Minas Gerais, 31

de outubro de 1936, *R. F.,* 68, 831; 5~ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 13 de outubro de 1936, *R. dos T.,* 117, 165). Os atos de serventia presumem-se tolerados pelo dono do prédio que a sofre (Câmaras ReUnidas do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 18 de junho de 1945, E. *J.,* 30, 192). *Na dúvida,* decide-se contra a existência da servidão (2ªt Câmara Civil do Tribunal de Apelação de

São Paulo, 4 de março de 1940, *R. F.,* 82, 363).

§ 2.240. b)e c) Ação de condenação por ofensa ao direito de servidão e ação de indenização 1.AÇÃO CONDENATÓRTA. A ação condenatória que tem o titular do direito de servidão apenas supõe a ofensa e a condenabilidade. A eficácia executiva é mediata, de modo que se tem de propor a ação de execução de sentença.

2. AÇÃO PESSOAL FOR INADIMPLEMENTO DA PROMESSA DE CONSTITUIR SERVIDÃO. A ação por ofensa ao direito de servidão é ação condenatória, pessoal, com a prescrição especial do art. 178, § 10, IX, do Código Civil, e de modo nenhum se confunde com a ação *ex contractu* (isto é, oriunda do negócio jurídico que foi base para o acordo de constituição da servidão). A ação *ex contractu,* pessoal, nasce do fato de se não haver adimplido a obrigação de constituir servidão, ou de se ter chegado a acordo na constituição da servidão (acordo de constituição), sem se ter podido fazer registro *(e. g.,* acordo o réu com outra pessoa, que registrou primeiro). Não importa se o promitente era proprietário, ou não; pode-se prometer servidão a favor de alguém, mesmo se ainda não se adquiriu o prédio que será serviente. Pode ser proposta contra os herdeiros e os sucessores universais, porém não contra o terceiro possuidor, nem contra o sucessor do promitente no prédio de que se tratava.

Se a servidão ainda não se constituiu, ou pelo registro, ou pelo uso (art. 698), ou a causa de morte (art. 1.572), não há pensar-se em vindicação da servidão, nem em ação confessória (MANUEL ÂLVABZS PÉGÂS, *Resolutiones Forenses,* V, 181: “Et haec confessoria actio competit pro servitute constituta, et non pro constituenda; hoc est, pro servitute iam quaesita, non pro servitute quaerenda, licet debita ex contractu, vel ulti-ina voluntate, cuius quasi possessionem nondum quaesivimus, patientia adversarli”). Então, a ação a propor-se é a pessoal, de que estamos a cogitar (MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Tratado rético e compendiário das Águas.* 142: “... não compete esta ação confessória para pedir servidão só prometida, ou comprada antes de constituída ...; mas só ação pessoal contra o obrigado ou seus herdeiros; ação que não afeta o prédio antes da constituição da servidão, nem é exercitável contra terceiro, se, antes dela constituída, o promitente aliena o prédio, que havia de ser serviente”.

§ 2.241. d) Ação de segurança

1. AçÃo DE SEGURANÇA PREPARATÓRIA . Nas ações em que se alegue ofensa à servidão é sempre possível preparatória-mente pedir-se a caução *de non turbando.* PEREIRA E SOUHÁ" *(Primeiras Linhas,* 1, 266) só se referira à ação confessaria e à negatória, mas fora exemplificativa a alusão.

2. AçÃo DE SEGURANÇA INCIDENTAL. *Incitenter,* pode ser proposta a caução *de nos turbando,* qualquer que seja a ação em que se alegue ofensa.

3. AçÃo DE SEGURANÇA NÃO-PREPARATÓRIA NEM INCIDENTE. Também se pode propor a ação cautelar (Código de Processo Civil, art. 675, 676, IV, 682, 683, 685 e 688) independente de outra ação.

§ 2.242. e) Ação cominatória

1.AçÃo DE PRECEITAÇÁO . A ação do art. 302, XII, do Código de Processo Civil pode ser empregada em matéria de servidões. Não nos importa a questão de história do direito romano em tôrno do escólio de STEPHANUS à L. 11, D., *si servitais vindicetur rei ad alium pertinere negetur,* 8, 5, e a existência da *actio prohibitoria* (pró, ZACCHÂRIAE VON LINGENThAL, em 1845, C. FERRINI, Sull"esistenza deila formula probi

bitoria nell"albo pretorio, *Studii giuridici,* 98; H. Scuorr, *Das* ius prohibendi *and die* formula prohibitoria, *Festschrift mim DoctorjubiWum des H. G. 1?. and Prol. Dr.* B. WINDScHEID, 57 s.; contra, O. LENEL, *Das* Edictum perpetuum, 149 s.).

2.NATUREZA DA AÇÃO COMINATÓRIA. A ação cominatéria é de cognição incompleta, com alternativa: preceito *de ~faciendo,* ou *de nos faciendo;* em caso de infração, a pena comi-nada. Há aparência de adiantamento de condenação; não, rigorosamente, adiantamento de condenação. A contestação impugna o mandado citatério-cominatório e a futura condenação; a não-contestação da sentença declarativa, de cognição supercial, que é a do primeiro despacho, e a não-observância do mandado cominatório (incluído na citação) fazem definitivo o que apenas se adiantara. Dá-se, então, a cognição plena; e, por isso, a sentença *condena.*

§ 2.243. f) “Servitutis vindicatio”

1. VINDICAÇÃO DA smtvwlo. No sistema jurídico romano, a forma originária deve ter sido a *virtdica.tio servitutum* (L. 1 e L. 2, § 1, D., *si servitus vindicetur veZ ad aliam pertinere negetur,* 8, 5), e não a confessória (L. 2, pr.). O nome *actio cosi essoria* é pós-clássico e a generalização não pesa a favor dos juristas pós-clássicos, se bem que ainda não justinianeus.

2.DIREITO DE HOJE. A vindicação da servidão tem de ser concebida, hoje, como ação, que é, para o direito real limitado, que é a servidão, como é, para o domínio, a ação de reivindicação. A vindicatória de domínio, a *rei vindicatio,* quando havia o *principio de liberdade do demandado,* precisava do *interdictum quem fundam.*

Dava-se o mesmo com a *rindicatio servitutis* (cf. *Fragmenta Vaticana,* 92 s.). Nos nossos dias, aquele princípio não mais existe, razão por que a executividade está na própria ação.

A ação negatória não substituiria a de reivindicação, salvo dilatando-se-lhe o conceito. Também a ação confessória não substituiria a vindicação da servidão, sem semelhante dilatação. Quem exerce a ação negatória não reivindica; nem vindica quem exerce a confessória: quem exerce a confusória pede que se faça alguém proceder como se afirmada estivesse pelo ofensor, em vez de negada, a servidão. A confessória em que se alega que se tomou a servidão, a posse toda da servidão, é vindicatória, porque corresponde, no plano do petitório, à ação possessória de esbulho.

3. SIMPLICIDADE DÁ VINDICAÇÃO DÁ SERVIDÃO. A ação confessória, como a ação negatória, é compósita. Não se poderia estudar em sua natureza sem lhe apararmos todos os elementos (ações acessórias) que se foram adicionando e acabaram por se fundirem sob o mesmo nome e conceito. Não é de espantar que K.

J. SEITZ *(Zur Kritilc der heatigen Negatorien- und Confessorienklagefl,* 18 s.), tão interessado em sustentar a tese da inversão da *fónnula,* para elas, haja pensado em não serem ações, mas meios jurídicos. Queria, talvez, mostrar o conglomerado que se tornou.

O que importa é que haja negação do *ius in re.* Se a ofensa foi só a posse, só a ação possessória cabe (ÇHR. A.

HESSE, *Die Rechtsverh.filtnisse zwischen Grundstijxknaehbarfl,* 332 s.). Se há esbulho da posse, ainda que não possa mais ser empregada a ação possessória, cabe a *8ervitatts vindicatio,* preforma da ação confessória.

4.LEGITIMAÇÃO PASSIVA. Na vindicação de servidão, pode ser demandado quem quer que haja tirado a posse, e não só o dono ou possuidor do prédio serviente, como se daria na confessória (ainda confundia as duas ações, razão por que admitia a ação confessória contra quem não era possuidor próprio ou impróprio, ou servidor da posse no prédio serviente, MELO FREntE, *Institationes2* IV, 69).

§ 2.244. g) "Actio confessoria"

1. DIREITO ROMANO. Quem se cria, no direito romano, com direito de servidão, tinha a *vindicatio servitutts,* ação em que regia o princípio da liberdade do demandado, tendo o autor a tutela interdital, semelhante à que tinha, com o *interdictum quem fandz(m,* o autor da *rei vindicatio* (cf. O. LENEL, *Das* Edictum perpetaum, 3.~ ed., 475 e 481). Só na época pós-clássica se chamou confessória *(adio confes8orioj,* sendo duvidoso se havia a cláusula de restituição (fórmulas em O. LENEL, *Das* Edictum perpetuum, 33 ed., 190 s. e 373, que lhe nega o emprêgo). Desde a época justinianéia, pelo menos, a ação passou a ser contra quem quer que impedisse o exercício da servidão, ainda se não fosse proprietário do prédio serviente (entende que foi inovação justinianéia, V. ARÂNGIO-RUIZ, *istitazioni di Diritto romano,* 33 ed., 241). A *adio* confessoria fêz-se a inversa da *negatória .,* o que a diferenciou da *servitatis vindicatio,* simétrica à *rei vindicatio* (cp. Tomo XIV, §§ 1.571-1.586, especialmente § 1.585). Com a *actio confessoria,* pedia-se e pede-se que se conserve o estado adequado ao exercício da servidão, mais garantia para o futuro, mais entrega de frutos e ressarcimento de danos. A diferença entre ela, compósita, e a ação de vindicação ressalta, se bem que a *vindicatio servitutis* não tenha tido a compleição de hoje. É certo que, na fórmula, não havia diversidade da *adio,* quanto à lesão total e quanto à lesão parcial.

A *acUo confesso-ia* não podia ser proposta como *Publiciana actio,* isto é, a *Publiciana confessaria actio* (sem razão E. HUSCHKE, *Das Recht der Pablicianischen KIage,* 40 s.; R. VON JHERING, *Abhandlungen,* 143 s.), porque não era possível a *usuca pio* da servidão, razão por que é preciso o máximo cuidado na leitura da *L.* 11,

§ 1, D., *de Publiciana in rem actione,* 6, 2: "Si de usu fructu agatur tradito, Publiciana datur: itemque servitutibus urbanorum praediorum

per traditionem constitutis vel per patentiam (forte si per domum quis suam passus est aquae ductum transduci) : item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat".

Mas j.existia êsse usufruto por tradição? Provàvelmente não (cf. H. KRÍYGER, *Die prdtorische Servitut,* 25, 578 e 86 5.; GERHARO BESELER, *Reitrãge,* II, 6, e IN, 171). Na época, a constituição da servidão sem as formalidades do direito civil já era impossível. Na exposição do direito brasileiro, temos de evitar as obscuridades a que os textos alemão e italiano dão ensejo. A cada ação devemos fazer corresponder o seu conceito ou o feixe de conceitos, que histêricamente lhe correspondeu.

2. DIREITO BRASILEIRO. Têm-se, no sistema jurídico brasileiro, a vindicação da servidão *(vindicatio servitutis),* simétrica à vindicação do domínio, e a ação confessória, inversa à ação negatória. Se se nega a servidão, retirando-se a posse,a ação mais própria é a *virtdieatio servitatis* (Tu. Ku‟p, em *E.* WINDSCHEID, *Lehrbuch,* 1, 1106; J. BIERMANN, *Nãohenrecht,* 339; sem razão, O. PLANCK, *Komrnentar,* IN, 4~8 ed., 592), tanto mais quanto não se tem, no direito brasileiro, regra jurídica que suscite dúvida, corno a do § 1.027

do Código Civil alemão, remissiva à ação negatória (§ 1.004) : "Se direito de servidão predial é prejudicado (beeintrãchtigt), aos legitimados competem os direitos determinados no § 1.004". A generalidade de

"prejudicado", "lesado", *beeintrdchtigt,* dificultou a exposição do direito alemão. No direito italiano, fundiram-se as duas (Código Civil italiano, art. 1.079), borrando-se a diferença entre turbação e esbulho. Mas, na doutrina, tal fusão provoca dificuldades, tanto mais quanto a ofensa pode não conter negação do direito real de servidão, permitindo a vindicação (cf. Tomo XIV, §§ 1.585,. esquema, e 1.577, 4), sem ser admissível a confessória. Essa tem, necessariamente, carga de eficácia declarativa mediata. Os comentadores do Código Civil italiano, art. 1.079, apegam-se, com razão, ao "contro chi ne contesta l‟esercizio", para se limitar a invocabilidade da ação confessória.

8. NECESSIDADE DE PRECISÕES CONCEPTUAIS. A confusão entre a ação que protege o titular da servidão a que se nega o direito de servidão e a que se causa prejuízo, e a ação para a restituição, haja ou não negação do direito de servidão, já ocorria no direito justinianeu, dando ensejo aos textos da L. 10, § 1, D., *si servitus vindicetur, veZ ad*

atium pertinere negetur, 8, 5: “Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur vel ser cuius fundum ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicumque aquam non ducere impediunt, exemplo ceteratum servitutium. et generaliter quicumque aquam ducere impediat, hac actione cum eo experiri potero”. ULPIANO falara da ação útil para provar que, tendo possuído por tantos anos, não possuiu *vi,* nem *ctam,* nem ~*rneca* no, e acrescenta-se no § 1 que em tal ação se pode reclamar não só contra aquele em cujo campo nasce a água, ou por cujo prédio se conduz, como também contra todos os que impedem conduzir a água, assim como nas demais servidões; e, em geral, poderei reclamar por essa ação contra quem quer que impeça conduzir a água. Na L. 1, § 25, D., *de aqua cottidiana et aeativa,* 48, 20, ULPIANO diz que compete o interdito *útil*

contra o que me proibe conduzir água, quer tenha, ou não, o domínio do fundo, e explicita que, desde que se haja começado a servidão (si servitus coepit), se pode vindicar contra quem quer que seja (nam si servitus coepit adversus quemvis posse vindicari). O baralhamento das duas ações ressalta, mas é de crer-se que não estivesse em ULPIANO. Todavia, não é no pedido, ou não, de declaração que há de consistir a distinção. Seja como for, deve-se pôr de lado a explicação pela existência de duas funções da mesma ação *(e.* g., D. BArwnO, *La Legiltimazione* ad agire in confessoria *e* negatoria servitutis, 71 s.; certo, E.REDENTI, *Ii Giudizio civile con pluralitâ (Li parti,* 150 s.). A ação confessória, como a negatória, conforme expusemos no Tomo XIV, § 1.585, é ação condenatoria, de eficácia mandamental provavelmente imediata e eficácia executiva não -necessàriamente imediata: a ação declaratória, que é prévia, necessariamente mediata, é que se refere à relação jurídica real. Se não há negação do direito de servidão, a ação confessória seria precipitada ou inadequada. Cabe, então, a ação da *Lez Aqailia,* ou a *adio iniariai-urn (L.* 13, § 7, D., *de iniurlis et famosis tibeltis,* 47, 10), ou a *vindicatio servitatis,* na qual não é questão prejudicial a declaração da existência da relação jurídica de servidão.

4. LEGITIMAÇÃO ATIVA NA AÇÃO CONFESSÓRIA DE SERVIDÃO.

(a) Legitimado ativo à ação confessória é quem tem o direito real de servidão. A carga necessária de eficácia declarativa, como oriunda da decisão na questão prévia, impõe essa proposição inexcetuável, tal como ocorre para a ação negatória. Não importa se há propriedade fideicomissária, ou se há, em geral, propriedade resolúvel: sempre ao titular da servidão compete a ação confessória. O fideicomissário

(arte. 1.733-

-1.740) e quem há de receber a propriedade após o advento do termo resolutivo ou da condição resolutiva (art.

647), pode propor a ação confessória (MANum, ÂLVÁREs PÉGÁS, *Tractatus vatrii, 1, Ovusczdum de Majoratus vossessorio interdicto,* c. 3, n. 106; MÁNUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Tratado prático e compendi.á rio das Águas,* 139).

O enfiteuta não é de tratar-se como o dono, solução que acordo ao feudalismo e aos escritores álemães dos séculos passados e aos de países em que se feudalizara a enfiteuse romana. Trata-se como os outros titulares dos direitos reais limitados com uso da coisa. Diz-se que, prAticamente, reivindica.

(b) Se há co-titularidade do direito de servidão (condomínio, ou co-enfiteuse, ou co-usufruto, ou co-uso, ou co-habitação do prédio dominante), ou a) a técnica legislativa adota, *de iure condendo,* a solução romana, segundo a qual, sendo indivisível o direito (= não se pode dispor *pro parte* da servidão), qualquer comuneiro pode exercer a ação confessória, com eficácia para todos (L. 4, §§ 8 e 4, D., *si servitus vindicetar veZ ad aliam pertinere negetur,* 8, 5; L. 6, § 4; L. 19; cf. E. BETTI, *Istituzioni di Diritto romano,* 1, 2.~ ed., 486) ; ou b) se admite que qualquer deles a exerça, mas a eficácia seja apenas quanto a êle *(Res judicata tertiis neque prodest neque nocet)* ou *c)* se concebe a espécie como de litisconsórcio necessário (Código de Processo Civil, arts. 88, alínea 1.8 e alínea 2.ª, 1.ª parte, e 91) e unitário (Código de Processo Civil, art. 90). Não há, portanto, razão para se consultar G. CHIOVENDA *(Frincipii,* 153 e 1.081), que se aferrara aos textos romanos. Nem para se pender para *lO,* uma vez que se saiba ser necessária a eficácia mediata de declaratividade, emanada da questão prejudicial: não se declara o indivisível, dividindo-se a declaração. No Preussisches Aligemeines Landrecht, II, 4, 2, § 8, adotava-se a solução b), que MANuEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Tratado prático e compendiário das Águas,* 139) recebia, sem fundamentar.

(e) A respeito do usufrutuário, do usuário ou do habitador do prédio dominante, a técnica legislativa tinha de dar solução que atendesse aos interesses do dono do prédio dominante e aos interesses do usufrutuário, do usuário ou do habitador do prédio dominante. Ou a) se admitiria que o titular do direito real limitado (usufruto, uso, habitação) pudesse exercer a ação confessória (cf. L. 1, pr., D., *si asia fructus petetur veZ ad aliam pertinere negetur,* 7, 6), limitando-se a êle a eficácia do julgado (MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA, *Tratado prático*

e com perediário das Águas, 189; G. VENEzIAN, Dell‟Usufrutto, dell‟Uso e dell‟Abitazione, II *Diritto civile italiano,* Parte V, II, 185. A. SEONI, *L‟Intervento adesivo,* 148 5.; SERGIO COSTA, *L‟Jnteruento* coatto, 76) ; ou b) se veria inclusa na ação confessória do usufruto (L. 1, pr.) a ação confessória da servidão

(L. COX‟IELLO, *Le Servitf.c prediali,* 395 5.; O. SCUTo, *Delie Servitú prediali,* 403) ; ou e) se considera que há comunhão de interesses, como acontece a propósito de condôminos e coáenfiteu~ tas, devendo ser unitário o litisconsórcio. A solução última é a acertada, porque, se não há comunhão de direito, há comunhão de interesses, e não se compreenderia que se julgasse contra o usufrutuário, o usuário ou o habitador, sem se julgar contra o dono do prédio, nem seria de admitir-se que pudesse deixar de ser chamado êsse, na ação proposta por qualquer daqueles, nem qualquer daqueles na ação proposta por êsse.

(d)O que se disse sobre o usufrutuário, o usuário e o habitador, entende-se quanto ao enfiteuta (MANUEL DE

ALMEIDA E SOUSA, *Tratado prático e compendiário das Águas,* 189), que também é co-titular do direito de servidão. Absurdo é pensar-se em representação legal do dono do prédio dominante, ou em substituxção processual.

Nem o locatário, nem o simples possuIdor pode usar da confessória, nem os credores hipotecários; se bem que possam ser assistentes equiparados a litisconsortes, ou, até, litisconsortes facultativos (Código de Processo Civil, art. 88, alínea 1.‟, 2.8 e 3.‟ partes, e alínea 2.‟, 2.‟ e 3.‟ partes).

(e) O titular da anticrese tem a mesma situação que o enfiteuta, o usufrutuário, o usuário e o habitador (MANUEL BAGNA QUARESMA, *Thesaaras quotidianarum resolutionum,* c. 26, n. 13).

Se o legado ainda tem de ser entregue ao legatário, ainda se há de propor a ação *ex testamento.*

5. LECITIMAÇÃO PASSIVA NA AÇÃO CONFESSÔRIA. DE SERVIDÃO. A ação tem de ser dirigida contra quem é dono do prédio serviente, ainda que se trate de domínio fiduciário ou resolúvel, e quem haja de o receber, por fideicomisso, ou resolução, e contra quem é enfiteuta, usufrutuário, usuário ou habitador do prédio serviente; porque os direitos reais limitados sofrem restrição com a servidão. O próprio

titular de servidão concorrente, ou em colisão, é parte. O litisconsórcio é necessário e unitário (Código de Processo Civil, art. 88, alínea 1.ª, 1.8 parte, e alínea 2.ª, 1.ª parte, e art. 90).

Tratando-se de condomínio no prédio serviente, portanto recaindo a servidão, indivisamente, dá-se litisconsórcio necessário e unitário. Se houve negócio jurídico de algum condômino para se iniciar a composição do negócio jurídico de constituição, o direito brasileiro não atribui eficácia real a êsse negócio jurí-

dico entre o condômino e o dono do prédio a que se quer dar servidão; de modo que a ação somente poderia ser a ação declaratória, ou outra, que se ligasse à relação jurídica pessoal. (Diferente, o direito italiano, G.

BRANCA, DelIe Servitù prediali, *Commentario dei Codice Civile,* IN, 648, devido ao art. 1.059, alínea 2.8, do Código Civil italiano.)

O possuidor, sem ser por *ias in re,* tem de ser citado, porque os atos talvez tenham sido dele. Daí poder contestar. Mais:

se o possuidor *proprio nome* (posse própria) nega a servidão e a propriedade de outrem, a ação tem de ir contra êle, devendo-se citar o proprietário, se o há; se a ação corre contra o possuidor, sem aparecer quem se diga dono do prédio serviente, conforme registro, a sentença na ação confessória não tem eficácia a respeito dele, porque não foi citado. O possuidor impróprio , sendo citado, pode nomear à autoria o possuidor próprio (Código de Processo Civil, art. 99). O servidor da posse é legitimado passivo. Citado, há de *nomear á autoria* o proprietário, ou o possuidor imediato, de que é servidor da posse (Código de Processo Civil, art. 99). Se o servidor, como o possuidor impróprio, deixa de nomear, a causa corre contra êle; se o nomeado deixa de comparecer, ou nega a qualidade, incide o art. 99, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Quem ofendeu a servidão sem ser proprietário do prédio serviente, possuidor próprio ou impróprio, ou servidor da posse, não é legitimado passivo à ação confessória. A ação a ser proposta seria a de indenização, ou outra, que nada tenha com a confessória.

6. ÔNUS DA PROVA. O autor tem de provar, preliminarmente, ser proprietário do prédio dominante, enfiteuta, usufrutuário, usuário, ou habitador, e ter a servidão (questão prévia, declaratória, que faz a carga de eficácia mediata necessária da ação e da sentença).

A Câmara Cível do Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 23 de novembro de 1929 *(R. 1*"., 54, 158), só admitiu a prova da aquisição da servidão pelo uso, mediante a certidão da transcrição, que se haja feito, anteriormente, da sentença . que "reconheceu" o direito. Não há dúvida que a sentença édeclarativa, e não constitutiva, pois que se trata, aí, de *usucapio servitutis* (cf. Tomo XI, §§ 1.222, 1.192-1.198); dai a contradição da Câmara Civil. Se o usucapiente propõe a ação de vindicação, por exemplo, antes do registro, o registro posterior bastaria, porque já é *dono* e, ainda que o não fosse, há a solução peculiar ao direito luso-brasileiro e brasileiro de bastar a aquisição antes da sentença. Se o usucapiente é réu, pode alegar que usucapiu, mas a decisão do juiz, aí, não tem eficácia *erga omnes,* tem apenas a eficácia, entre partes, da sentença comum de declaração. Na jurisprudência, encontra-se o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a 11 de março de 1948 *(R. F.,* 118, 178), que disse poder-se alegar, em defesa, a usucapião. As decisões do Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 6 de fevereiro de 1929 *(A. J.,* 59, 586), e da 2.8 Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, a 15 de outubro de 1946 *(Paraná J.,* 44, 240), que repeliram ações do usucapiente antes do registro, sem atenderem a que tal registro, no direito brasileiro, não precisa ser feito antes da contestação, forám injustas (certas, a 2.8 Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 27 de agôsto de 1947, *R..F.,* 115, 158, e a 1.8 Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, a 6 de outubro de 1941, 90, 191). Na doutrina, cometeu o erro de considerar constitutiva a sentença do art. 698 DIDIMO AGAPITO DA VEIGA *(Manual,* 9, Parte 1, 236 s.: "... tal sentença é o título que serve à transcrição no registro dos imóveis, a despeito de ser a *posse* pelo tempo de dez ou vinte anos *(hoje, quinze)* o fator do estabelecimento da servidão; todavia, esta, sem a transcrição no registro de imóveis, não tem constituição consumada: por sua vez, a transcrição não se opera sem título"). MM"WEL DE ALMEIDA E SOUSA *(Tratado prático e eoinpendiério das Águas,* 71-87), CORREIA TELES *(Digesto Português,* IN, arte. 453-456) e COELHO DA ROCHA *(Instituições,* II, 470

s.) não se referiram à constitutividade. O trecho do jurista brasileiro foi causa de injustas sentenças *(e. g.,* 4∼B

Câmara Civil do Tribunal de Apelação de são Paulo, 30 de julho de 1942, *R. dos T.,* 139, 258). A servidão Cumpre advertir-se que, se houve registro da servidão não--aparente, a usucapião tabular pode operar-se. Então, o que acima se disse se há de repetir a respeito da ação em que se trate de servidão não-aparente registada.

„7. EFICÁCIA DA SENTENÇA FAVORÁVEL NA AÇÃO CONFESSÓRIA DE SERVIDÃO . A natureza compósita da *ação confessória* não permite que se diga ser real ou pessoal. Quanto à sua eficácia, é a mesma da *ação negatória:*

O dono do prédio tem ação negatória contra quem lhe ofenda os direitos dominicais, pretendendo ter direito real limitado. Mas o titular do direito real limitado também a tem, se alguém o ofende, afirmando o seu direito real limitado (direito real sobre direito real).

A ação negatória do titular da servidão nada tem com a confessória. A ação confessória é de finalidade *contrária* exatamente à ação negatória do dono do prédio que alguém diz ser serviente. A ação negatória do titular da servidão é de finalidade *semelhante* e no mesmo sentido da ação negatória do dono do prédio que alguém diz serviente. Foi o § 1.027 do Código Civil alemão que veio pôr em regra jurídica a ação negatória que outros sistemas jurídicos tinham sem que os seus juristas o percebessem. A negatória do titular da servidão não pré-exclui a confessória (E. ENDEMANN, *Lehrbuch,* II, *1,* $□8~9~8 ed., 627, nota 23).

Declara-se, como decisão prejudicial; condena-se, preponderantemente manda-se, ou executa-se (cp. Tomo XIV, § 1.585).

A eficácia é contra o réu e seus sucessores universais ou a título particular. Observe-se, porém, que, havendo termo resolutivo, ou condição resolutiva (arts. 647 e 1.733-1.740), o que vem após o proprietário sujeito à resolução, ainda que tenha sido quem alienou resolutivamente, não sucede àquele: *sucedeu* a quem alienou resolutivamente.

No que faz cessar a turbação, a ação confessória é ação real (MELO FREIRE, *Institutiones,* IV, 69).

Devido a ser compósita a ação confessória, no que a sentença condena a ressarcir danos, ou a despesas necessárias à redução da coisa ao estado pristino, é sentença em ação *in personam:* o adquirente do prédio gravado não sucede em obrigacoes pessoais (cf. F. BIANCHI, *Trattato deite Servitú tegali,* n. 125).

§ 2.245. h) Ação negatória (ação de ofensa ao direito de servidão)

1.AÇÃO NEGATÓRIA CONTRA DIREITO REAL RESTRITIVO DO DOMÍNIO E AÇÃO NEGATÓRIA DO TITULAR DO DIREITO REAL

2. LEGITIMAÇÃO ATIVA NA AÇÃO NEGATÓRIA DO TITULAR DO DIREITO DE SERVIDÃO. A pretensão negatória do titular do direito de servidão, que independe da posse, pressupõe lesão. Dirige-se contra o turbador do direito real limitado de servidão. *Não é preciso que se trate do dono do prédio serviente, ou de enfiteuta, usufrutuário, usuário, ou habitador,* como se dá na ação confessória, que êle tivesse de propor. Só se faz confessar direito alheio a quem pode confessar ser sujeito passivo de tal direito; ao passo que se pode negar a quem quer que ofenda. Ofende servidão afirmativa quem impede atos de exercício por parte do titular do direito de servidão. (A ofensa à posse é outro conceito.) Ofende servidão negativa quem pratica o ato que se não devia praticar, por ser negativa a servidão.

A ofensa pode ser a outra pessoa que o autor. Se há devedor de o autor tolerar a intromissão, o demandado pode objetar que a pretensão negatória não existe (na ação vindicatória, a alegação seria exceção).

2.246. i) Ação possessórias

1. SERVIDÃO E FOSSE. Pode-se ter posse de servidão antes de se ter direito real de servidão; pode-se ter direito real de servidão antes de se ter posse. Pode-se perder o direito real de servidão sem se perder a posse da servidão; pode-se perder a posse da servidão sem se perder o direito real de servidão.

A posse da servidão adquire-se como se adquire qualquer outra posse, imediata ou mediata. Também ela pode ser imediata ou mediata. O dono do prédio dominante que constitui a favor de outrem usufruto, ou que recebeu a propriedade já detraída de usufruto, uso ou habitação, ou simplesmente locada, apenas recebeu, com a entrega da posse, posse mediata. O usufrutuário, que recebeu a posse imediata e aluga o prédio, dando posse ao locatário, mediatiza a sua posse. A posse imediata da servidão nasce com a obtenção do poder fático, sem outro possuidor mais próximo. No sistema jurídico brasileiro, abstraiu-se do *corpus* e do *animus.* Há aquisição da posse da servidão pela apreensão da coisa para a servidão. Se a alguém se permite tomar posse da servidão, adquire-a quem a toma. Quem exerce poder fático que se contém no direito de servidão, ainda que não tenha tal direito, é possuIdor. O art. 493, II, também incide em matéria de servidão

(Tomo X, § 1.083). Há tradição da posse da servidão e êsse elemento, que fora essencial à aquisição do direito de servidão, hoje não o é mais. A tradição da servidão pode ser simples, *brevi manu, longa manu,* ou pelo constituto possessório. Também há a aquisição da posse da servidão pela cessão da pretensão à entrega (art. 498, IN, Tomo X, § 1.085). O sistema jurídico brasileiro permite a representação na aquisição da posse (art. 494, II; Tomo X, § 1.090). Também há aquisição *ex lege* da posse da servidão (§ 1.092) e transmissão *ipso iure* (§ 1.094).

Quanto à perda da posse da servidão, regem os princípios gerais (Tomo X, §§ 1.098-1.108, 1.100, 4). Perde-se a posse da servidão pela tomada da posse por outrem, pela tradição, pela destruição do prédio dominante ou do prédio serviente, pela cessão da pretensão à entrega, pela extracomercialização, pelo abandono.

Também pode haver abandono da posse da servidão; *e. g.,* se o que tinha a servidão de luz fecha a janela, aom propósito definitivo, ou se o que tem servidão *tigni immittendi* retira, com propósito definitivo, a instalação. O

esbulho da posse corporal da servidão não retira a posse ao esbulhado: é preciso que, se há servidão registada, se tenha dado o não-uso durante dez anos (extinção do direito, art. 710, IN), ou estejam prescritas as pretensões e ações possessórias do esbulhado (art. 520, parágrafo único, combinado com o art. 520, IV). O prazo de preclusão somente corre, nas servidões negativas, desde que se executou o ato contrário, com ou sem oposição do possuidor. Se consiste em instalação, não começou de correr enquanto existe instalação que induza posse.

Cumpre que se não confundam posse da servidão e exercício do direito de servidão, erro que se encontra em muitos juristas (sobre o assunto, Tomo X, § 1.076). Quem perde a posse da servidão pode não perder o *unta;* quem tem o *usus* da servidão pode não ter posse. No art. 698, que concerne à *sucapio servitutis,* o que importa é a posse. No art. 710, IN, referente à extinção de servidão, o que importa é o *non usus.* Cf. Tomo X, § 1.096.

2. AçÃo POSSESSóRIA. A ação possessória, também em se tratando de servidão, pertence a quem tem posse, e não a quem tem direito à posse. O titular do direito de servidão pode não ter e, até, nunca ter tido a posse da servidão, ou por não ter tido a do prédio dominante, ou por ter tido a essa sem aquela. Também aqui o direito brasileiro

abstrai do *artiraus* e do *eorpics.* Os servidores da posse (art. 487) não são possuIdores e os atos de tolerância não induzem posse (art. 497). Os princípios sobre posse incidem. Não há no direito brasileiro regra jurídica que mande atender-se à posse do último ano (cp. Código Civil italiano, art. 1.066); há o art. 507 sobre melhor posse. Tem-se de atender a que há servidões intermitentes, como a de tirar água de noite, ou de dia, ou só no verão (cf. L. 1, § 4, O., *de aqua* cottidiana *et aestiva,* 43, 20). A L. 1, § 2, D., *de itinere actuque privato,* 43, 19, referia-se ao tempo para o interdito (cf. A. SACCHI, *2"rattato teorico-qiratico deile Servitft prediaU,* 1, 878).

Nas velhas doutrinas da posse, atribuia-se ao titular da servidão o *interdictum uti possidetis utile* (F. VON

SAVIONY, *Das .keckt des Besitzes,* 486 e 502), sendo sem base as dúvidas de H. GIPRANIUS *(Ezplanationes dilficilior.,* 302). No sistema jurídico brasileiro, seria surpreendente levantar-se questão: há posse da servidão, como há a posse de dono, a de usufrutuário, £ de usuário e a de habitador. Igualmente, o *interdÂctum quod*

vi oiut clam. Porém não o *interdictum unde vi,* porque, dizia-ser não se pode conceber espoliação de servidão, por ser incorpórea a coisa (9. Assim se expressava, por exemplo, CuR. FR. vou GLIYCK *(Ausfithrliche Erlâuterung der Pandekten,* 10, 209), citando a L. 4, § 27, D., *de usurpationibus et usucapionibus,* 41, 3, e F.

vON SAvIGNY *(Das Recht des Resitzes,* 488 s.), que aí não via *deiectio* prôpriamente dita, É digno de nota que ANTÔNIO JOAQUIM RIBAS *(Da Posse e das Ações possessórias,* 800) parece que já o admitia. Quem tira ao titular da servidão a posse, toda, esbulha-o: a *deiectio* ressalta.

O direito romano precisou de interditos especiais para a tutela da servidão. Deles não precisa o direito contemporâneo, principalmente o brasileiro, que tem o mais alto grau de teoria da posse. Os nomes dos interditos romanos apenas se prestam a designação da ação possessória que se intenta, *in casu.*

8. LEGITIMA DEFESA E JUSTIÇA DE MIO PRóPRIA. O possuidor da servidão tem a tutela possessória, como os demais possuidores, inclusive a legitima defesa e a justiça de mão própria (art. 502). Quanto ao *Petitorium absorbet possessorium,* cf. o art. 505, 1.8 parte

("Não obsta à manutenção, ou reintegraçao na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa), porque a exceção a ela só é concernente ao esbulho à posse de dono (art. 505, 2.8 parte: "Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio"). O que se pode objetar é a viciosidade da posse (violência, clandestinidade, precariedade, art 489). Assim, na servidão aparente contínua, o possuidor do prédio serviente, proprietário ou não, pode alegar que a posse da servidão se iniciou contra a sua vontade. Na servidão não-

-aparente, registada, o possuidor, proprietário, ou não-proprietário, pode alegar que se iniciou sem sua vontade.

Tanto ali quanto aqui, o locatário (por exemplo) pode objetar o não ter permitido o início da posse. Durante os prazos do art. 523, o possuidor do prédio serviente pode defender-se, judicial ou extrajudicialmente, contra o que exerce ato de exercício, ainda que não seja o primeiro; mas os prazos começam de contar-se do primeiro ato de exerci cio (MARTIN WOLFF, *Lehrbuch,* IN, 24, nota 19; sem razão, Tu. Kípp, em B. WINDSCHEID, *Lekrbuck,* 1, 9□~ ed., 849 s.). Tem-se de atender ao art. 502, *in lute.*

4.SERVIDÕES DISCONTINUAS E SERVIDÕES CONTINUAS NÃO-APARENTES. Quanto à posse, diz o art. 509: "O disposto nos artigos antecedentes não se aplica às servidões continuas não-

-aparentes, nem às discontinuas, salvo quando os respectivos títulos provierem do possuidor do prédio serviente, ou daqueles de quem êste o houve". Noutros termos: em se tratando de servidões continuas aparentes, há a proteção possessória contra qualquer possuidor do prédio serviente (arte. 499-508); fora daí, não. A regra jurídica não diz não haver posse de servidões contínuas não-aparentes, nem de servidões discontínuas; apenas diz que não tem eficácia contra quem não foi autor do título, nem é seu sucessor. Há corte no plano da eficácia; não, pré-exclusão do plano da existência. Existe posse de servidões contínuas não-aparentes e de servidões contínuas; os seus efeitos é que são subjetivamente limitados. Devido ao art. 697, que só admite servidão não-aparente quando registada, o direito da servidão não-aparente, contínua ou discontínua, tem por pressuposto o registro, pôsto que o poder fático, antes disso, possa entrar no mundo jurídico (= é fato jurídico *stricto sensu,* é posse). Não devido ao art. 509, que só se refere ao plano da eficácia. Donde as conseqüências: se houve injustiça no cancelamento, o poder fático pode continuar no mundo jurídico; ainda se o registro foi injusto ou a retificação, o poder fático

pode entrar, ou sair do mundo jurídico. Todas as outras servidões (as aparentes) podem ser objeto de posse, sem o registro ou depois do cancelamento dele. Diferente, o direito alemão, para o qual a exigência do registro concerne a tOdas as servidões (§ 1.029; cf. O. STREGKER, em G. PLANa, Kommentar, IN, 4~R ed., 595).

5. POSSE E REGISTRO. A posse da servidão, além dos limites do registro, contém a posse nos limites do registro e o excesso, de modo que apenas para as servidões não-aparentes (que dependem de registro) o excesso não entra no mundo jurídico. A posse da servidão aparente pode ser maior do que a que seria dentro dos limites constantes do registro; se discontínua, só pode ser eficaz contra o possuidor do prédio serviente, de que proveio, ou seu sucessor. A posse da servidão aquém dos limites que lhe traçou o registro não se entende extensiva a esses limites. Quem pode passar a pé, a cavalo e de automóvel, se só exerce o passar a pé, somente de passar a pé tem posse de servidão, pOsto que tenha direito real de servidão quanto a passar a pé, a cavalo e de automóvel. Se ainda pode exercer o resto, começa do primeiro ato o exercício; se não mais o pode, como, por exemplo, se o automóvel não entraria mais, devido ao estreitamento da passagem, o único remédio é o petitório, com a prévia adequação da passagem e a imissão de posse. Se há escolha permanente, como se se permite passar por êsse caminho *e* por aquele, o uso de um importa posse dos dois.

E preciso, portanto, prestar-se toda a atenção ao diferente tratamento da *posse* e do *exercicio* do direito de servidão. Quem exerce, em parte, o direito de servidão exerce-o todo. Quem só em parte tem Posse da servidão só é possuidor da servidão quanto a essa parte.

6. Possuidor da SERVIDÃO Possuidor da servidão é o possuidor do prédio dominante, seja imediato ou mediato.

O dono do prédio dominante que o alugou e utiliza a servidão para as reparações, que faz ao prédio alugado, tem posse da servidão, ainda que o possuidor imediato não tenha tomado Posse dela. O sucessor singular na posse, inclusive o Possuidor imediato, ao receber a posse do prédio dominante, recebe a posse da servidão como parte integrante daquela, ainda que desconheça a existência dessa ou o direito de servidão; mas recebe-a tal qual é: vindo a exercê-la, pode unir a sua posse à do antecessor, para os efeitos legais (art. 496, 2.8 parte). O

sucessor universal continua-a de direito (art. 496, 1.8 parte). Ao herdeiro ou legatário transmitese com todos os caracteres (art. 495) : há *successj0 possessioni.ç*

7.AÇÕES POSSESSÓRIAS E ATOS NECESSÁRIOS AO EXERCÍCIO DA SERVIDÃO. A turbação à servidão pode consistir em obstáculos a atos necessários ao exercício da servidão, como a obras de limpeza e conservação, o possuidor da servidão não precisa provar que houve o registro; e tal ocorre, ainda em se tratando de servidão não-aparente ou aparente discontinua, desde que o título proceda do demandado (arts. 698 e 509).

Disse a 4-ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 18 de março de 1941 *(R. de 1. B.,* 53, 53):

"Tratando-se de servidão continua e aparente, não é indispensável transcrição do título respectivo no registro de imóveis. O art. 699 do Código Civil confere ao dono da servidão o direito de fazer todas as obras necessárias à sua conservação e uso: são os *adminicuta servitutis* e, em se tratando de servidão de águas, que passam por vala ou rêgo, essa servidão é inseparável do direito de conservar o atravessadouro ou passagem necessária à conservação e limpeza da referida vala" (cf. Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 23 de maio de 1924, *1?. dos T.,* 50, 342: "Aquele que tem direito a servidão pode entrar no prédio vizinho para fazer as obras necessárias à sua conservação. Isso não constitui turbação da posse, nem pode dar lugar à indenização de danos").

SEÇÃO II. AÇÕES CONTRA PRETENSÃO OU ATO DE SERVIR

§ 2.247. Ação negatória

1.GENERALIDADEs. Da ação negatória já se tratou, a propósito das ações que protegem o direito do proprietário (Tomo XIV, §§ 1.583-1.586).

2.PRETENSÃO NEGATÓRIA E JUSTIÇA DE MÃO PRÓPRIA. j,Quando é que o dono do prédio pode cortar ou desfazer o que entra ou se faz no seu terreno ou na coluna aérea? Na L. 29, § 1, D., *ad legem Aquiliam,* 9, 2, ALFENO VARO diz: se houveres cortado a proteção do telhado que eu não tinha direito de ter sobre tua casa, escreveu

PRÕCTJLO que posso exercer contra ti a ação de dano por injúria, porque devêras ter proposto ação de que não tenho direito a ter essa proteção, e não é justo que sofra o dano com o cortares o esteio; mas advertiu pode-se cortar o aqueduto que, sem dever de servidão, se pôs através de prédio alheio. Por que a diferença? Responde o próprio ALFENO VARO: um protegeu, no seu; outro, faz, no alheio. Na L. 27, D., *de servitutibus praediorum urbanorum,* 8, 2, POMPÔNIO cogitou da serventia *tigni immittendi,* se não há direito de servidão, para exprimir que se podia reclamar contra ela ou destruí-la (agere licet, aut rem perdere). O

tratamento diferente da *tigni immi.ssio* e da *protectio* ou da *proiectio* não encontra na L. 29, § 1, explicação suficiente.

Se a destruição ou corte se faz no terreno invadido, e não se trata de elemento que proteja o que está feito ou se vem fazendo no terreno próprio, pode-se destruir ou cortar.

§ 2.248. Ação de retificação de registro

1.PRETENSÃO Á RATIFICAÇÁo. Para a tutela do direito

de servidão, tem o titular do direito de servidão a pretensão à retificação do registro.

2.REGISTRO E SERVIDÃO; ORDEM JURÍDICA, HISTÓRICA, E

ORDEM DO REGISTO. O registro pode não corresponder à realidade se figura como dominante, ou como serviente, prédio que não aquele a que serve o outro prédio, ou que não aquele que serve. O direito foi publicado pelo registro e precisa retificar-se o que dele consta para que corresponda com a realidade histórica dos direitos. Também pode dar-se que o conteúdo da servidão não seja aquele que se menciona no registro, ou que não seja o que consta do registro o regramento do exercício. Tudo isso dá ensejo à pretensão à retificação.

Para que ela surja, basta que o registro seja inexato, isto é, não corresponda à verdadeira situação jurídica. Não temos o * *principio da eficácia jurídica formal* (= se está no registro, está certo).

A pretensão é de caráter real (cf. Tomo XI, § 1.249). Se alguém

pretende a retificação do registro da servidão, tem de concordar com retificar-se a pessoa que seria prejudicada, ou há de o interessado suscitar a constituição de relação jurídica processual, perante o juiz do registro, para que obtenha a retificação como prestação jurisdicional. É conveniente inscrever-se o processo (Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, arts. 178, a), VII, e 281), para que se pré-exclua, *ex nuno,* a confiança pública no registro.

A pretensão à retificação do registro só existe enquanto outrem não adquiriu a propriedade do prédio serviente sem o gravame, ou enquanto outrem não adquiriu a servidão de modo que sejam incompossíveis as duas, e não se extinguiu pelo não-uso.

A pretensão para se excluir servidão somente pertence ao titular do direito de propriedade, enfiteuta, usufrutuário, usuário, ou habitador. Se há concurso de credores, legitimado é o administrador da massa. Os credores do legitimado não têm a pretensão.

§ 2.249. Ação de indenização

1.“DAMNUM INIURIA DATUM”. Se alguém, sem ter direito, se serve do prédio alheio, como se servidão houvesse, tem o dono do prédio ação de indenização pela incursão injusta. Da ação de indenização falou-se, em geral, no Tomo XIV, §§ 1.587-1.589. Também há pretensão à indenização se a ofensa é à posse.

2.LECITIMAÇÃO ATIVA E PASSIvA. Legitimado ativo é o dono do prédio, o enfitéuta, o usufrutuário, o usuário, o habitador ou o possuidor. Legitimado passivo é o causador do dano.

§ 2.250. Ações possessórias

1.PRÉDIO EM QUE SE DÁ A INCURSÃO COMO DE SERvIDÃO.

O dono do prédio em que ainda não se deu posse de servidão registada não pode opor-se a ela; se se opõe, pode o titular da servidão pedir *imissão de posse.* Se a servidão não está registada, não há exigir-se posse ao dono do prédio, alegando-se direito real de servidão: se o titular da servidão por ser registada tem direito à posse, há de ser a outro título. A exigência do registro das servidões simplificou o trato e a solução das questões, porque, sem o registro, somente há a servidão

fáctica, de que já há, necessariamente, posse, para se perfazer a aquisição, ou o direito de servidão, cuja aquisição já se perfez com a posse (art. 698).

Se ocorre que a *usuca pio servitutis* já se compôs, mas, após êsse fato jurídico, o dono do prédio serviente a nega, ou cria obstáculos ou esbulha a posse, tem o ofendido a ação confessória, cumulada com a de declaração de usucapião da servidão, ou as ações possessórias pertinentes à ofensa.

2.POSSE ALÉM DO CONTETIDO DA SERVIDÃO. Se a servidão é de x e, para exercê-la, o titular ou possuidor se serve do prédio como se fOsse de x ~ 1, há incursão do titular ou do possuidor na posse do prédio serviente. Quem tem posse de servidão de x não pode estendê-la a z ~ 1.

No campo da posse, o dono do prédio serviente ou outro titular de direito real limitado, que seja sujeito passivo da obrigação de servidão (enfiteuta, usufrutuário, usuário, habitador), tem, nas ações possessórias que contra êle se proponha, a *defesa* de que cogita o art. 509: não haver título proviente do demandado, nem de pessoa de quem o demandado houve o prédio serviente.

Resta saber se o art. 509 se reflete na pretensão possessória do dono do prédio serviente, ou de outro titular de direito real, com posse do prédio serviente. Tal repercussão somente pode ser em repulsa à defesa do demandado: se o demandado alega que tem posse e, pois, nega a posse tutolável do demandante, tem êsse ou de preferir a apreciação das alegações contrarias (das dele e das do demandado) ou objetar à defesa que a posse do demandado é intutelável contra o demandante, por ser oriundo de pessoa estranha o titulo, ou não haver título.

O titulo que provenha do dono do prédio serviente ou de alguém de que êsse houve o prédio serviente abre portas à tutela da posse de servidão aparente discontínua ou não--aparente. Não se cogita do registro. O registro somente é necessário para, com a posse de boa fé, se compor o suporte fático da aquisição da servidão não-aparente por usucapião.